
**REVISTA
DE LA
FACULTAD
DE CIENCIAS
JURIDICAS
Y SOCIALES**

**Universidad
Nacional
de La Plata**

ANALES

DIRECTOR

JUAN CARLOS CORBETTA

**AÑO 11
/ N° 44
NUEVA
SERIE
2014**

ISSN 0075-7411

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Abog. Vicente Santos ATELA
Decano

Abog. Rita Marcela GAJATE
Vicedecana

Secretaria Académica: Abog. José ORLER
Prosecretario de Asuntos Académicos: Pablo AIS
Prosecretario de Consejo Directivo: Nicolás MESCHIANY
Secretario de Investigación: Dr. Adalberto Luis Busetto
Secretario de Posgrado: Abog. Valeria HUENCHIMAN
Prosecretario de Posgrado: Abog. María José CUENCA
Secretario de Extensión Universitaria: Abog. Adolfo BROOK
Secretario de Asuntos Estudiantiles: Abog. Martín MACHADO
Secretario Económico Financiero: Cdor. Sebastián TORTORICE
Secretario de Relaciones Institucionales: Abog. Javier MOR ROIG
Prosecretario de Planificación y Gestión Estratégica: Abog. Lautaro RAMIREZ
Prosecretaria de Capacitación Docente: Dra. Mónica BORNIA
Secretaria de Redacción: Abog. Rita M. GAJATE

Consejo de Redacción. Miembros Titulares

Secretaria de Redacción: Abog. Rita M. GAJATE
Secretaria Ejecutiva: Abog. Maria Eleonora ELLIFF
Asesores: Dr. Ricardo Sebastián PIANA; Dra. Marisa MIRANDA;
Abog: Juan H. GARCÍA ZEBALLOS; Prof. Federico Eduardo URTUBEY.

CONSEJEROS DIRECTIVOS

CLAUSTRO DOCENTE

Titulares

GÓMEZ, Hernán Rodolfo
KRIKORIAN, Marcelo Adolfo
MARTÍN, Juan Carlos
GAJATE, Rita Marcela
GRAJALES, Amos Arturo
MALTAS, Gilda Isabel

Suplentes

SENA, Marcelo Cristian
TISERA, Héctor Alfredo
RAMIREZ, Luis Antonio
ORLER, José Omar
ORSINI, Juan Ignacio
VILLULLA, Carlos Alberto
TOIGO, Gabriel Pablo

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Titular

BROOK, Adolfo Eduardo

Suplente

GRANILLO FERNÁNDEZ, Joaquín

IV

JEFE DE TRABAJOS PRÁCTICOS

Titular

HITTERS, Juan Manuel

Suplente

HUENCHIMAN, Valeria Marina

AUXILIARES DOCENTES

Titular

PARIS, Sandra Silvina

Suplente

BIGLIARDI, Karina Andrea

CLAUSTRO NO DOCENTE

Titular

SANDE, Vilma Edith

Suplente

BARCZUK, Maria Soledad

CLAUSTRO ESTUDIANTIL

Titulares

DRAKE, Bárbara

FRESCO, Melisa

MUELE SOLER, Joaquín

DURÁN, María Julia

PALLERO, Martín Alfredo

Suplentes

ELISECHE, Joaquín

BUAMSCHA, Estefanía

TORAF, Damián

ACOSTA, Bárbara

GÓMEZ, Andrea Luján

CONSEJO HONORARIO EDITORIAL

Profesores Extraordinarios Eméritos:

Dr. Carlos Emérito GONZALEZ; Dr. Jorge Horacio ALTERINI; Dr. Guillermo Julio OUVIÑA; Dr. Juan Carlos REZZONICO; Dr. Roberto H. LAVIGNE; Dr. Roberto Omar BERIZONCE; Dr. Juan Carlos HITTERS; Dr. Humberto QUIROGA LAVIÉ; Dr. Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO.

Profesores Extraordinarios Consultos:

Dr. Mario Ignacio CHICHIZOLA; Dr. Adriano Germán PIETRA; Dr. Juan Valentín MOSCA; Dr. Carlos Enrique BISSO.

Profesores Extraordinarios Honorarios:

Dr. Ernesto Víctor GHIONE; Dr. Agustín A. GORDILLO; Dr. Jorge Reinaldo VANOSI; Dr. Arturo Enrique SAMPAY (post mortem); Dr. León Carlos ARSLANIÁN; Dr. Ricardo GIL LAVEDRA; Guillermo LEDESMA; Jorge TORLASCO, Jorge VALERGA ARÁOZ; Andrés D'ALESSIO (post mortem) y el Dr. Juan Ernesto MÉNDEZ.

CONSEJO CONSULTIVO EXTRAORDINARIO

ALBERTI, Giorgio (Univ. Bologna)

AUGE, Marc (E.H.E.S. París)

BARBOZA MOREIRA, José Carlos (Univ. de Río de Janeiro)

BIRNBAUM, Pierre (Univ. Sorbonne)

CAMPI, Alessandro (Univ. de Perugia)

CAPPELLETTI, Mauro (en homenaje)

DE TEZANOS, José F. (U.N.E.D. y Fundación Sistema)

DE VERGOTTI NI, Giuseppe (Univ. de Bologna)

FERNANDEZ SEGADO, Francisco (Univ. Complutense)

FIX ZAMUDIO, Héctor (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM)

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo (de la Real Academia Española)

GARCÍA PELAYO, Manuel (en homenaje)

GUIDDENS, Anthony (London School of Economics)

HELD, David (London School of Economics)

HERRERA FLORES, Joaquín (Univ. Pablo de Olavide de Sevilla)

JIMENEZ DE PARGA, Luis (Univ. Complutense)

JIMENEZ DE PARGA, Manuel (Emérito Univ. Complutense)

LA PERGOLA, Antonio (Consiglio de la Mag. Italiana. Consejo de Europa)

LINZ, Juan (Emérito Univ. de Yale)

LUHMANN, Niklas (Univ. de Niefeld)

MOLINA, Jerónimo (Univ. de Murcia)

MONTERO, Ramón (Univ. Autónoma de Madrid)

NEGRO PAVON, Dalmacio (de la Real Academia de Cs. Morales y Política de España)

PAREJO ALFONSO, Luciano (Univ. Carlos III)

PELLEGRINI GRINOVER, Ada (Univ. São Pablo, Brasil)

RO DRIGUEZ PRIETO, Rafael (Univ. Pablo de Olavide de Sevilla. Univ. de Harvard)

RO SANVALLON, Pierre (E.H.E.S. París)

RUBIO LLORENTE, Francisco (Univ. Complutense)

SCOC A, Franco Gaetano (Università degli studi di Roma "La Sapienza")

SANTAMARIA, Julián (Univ. Complutense)

TARZIA, Giuseppe (en homenaje)

TOMAS Y VALIENTE, Francisco (en homenaje)

TAVOLARI OLIVERO S, Raúl (Univ. de Chile)

VAZQUEZ SOTE LO, José Luis (Univ. de Barcelona)

PRESENTACIÓN

En el volumen de este año, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, expresa su homenaje al vigésimo aniversario de la Reforma Constitucional de 1994, a la vez que formula sus fervientes aspiraciones para lograr entre todos su cabal cumplimiento. Destacamos —entre otros— dos excelentes aportes académicos acerca de este tema, el primero, que inicia esta edición de nuestro n° 44 de la Nueva Serie (2014), se debe al Sr. Profesor Extraordinario Emérito Dr. Juan Carlos Hitters: “La Reforma de la Constitución Argentina de 1994 y los Tratados de los Derechos Humanos”, una brillante exposición que enaltece estas páginas.

El segundo, en su respectiva sección, debemos agradecerle muy especialmente al Sr. Profesor Ordinario Titular y Director del Instituto de Derecho Constitucional y Político, Dr. Carlos A. Mayón su trabajo titulado: “A Veinte años de la Reforma de la Constitución Nacional” que con gran claridad y erudición expone las principales características de esta Reforma Constitucional, con sus virtudes y defectos y su ubicación actual, su realidad.

Continuando con la publicación de trabajos enviados para su evaluación por los árbitros y eventualmente su publicación, por Profesores de Universidades de nuestra América Latina, en esta edición contamos con los aportes presentados por un Profesor Chileno y dos Profesores Cubanos.

También publicamos en la Sección de Derecho Político, la segunda parte del horror y el abismo del Holocausto, entre 1939 y 1945, su historia y su significado, remitido por el Profesor Dr. Héctor Zimmerman (UNNE).

Lamentamos el fallecimiento del Sr. Profesor Extraordinario Consulto Dr. Rafael Novello, quién se desempeñó durante muchos años como Profesor Adjunto y posteriormente Profesor Ordinario Titular de Derecho Agrario. Asimismo, falleció el Profesor Dr. Ángel Eduardo Gatti, Consejero Directivo Titular y Profesor Ordinario Titular de Derecho Social. A ellos todo nuestro agradecido reconocimiento por sus trabajos en nuestra Facultad, sus enseñanzas y sus ineludibles vocaciones docentes.

Quisiéramos recordar que en 2016, nuestro Anuario cumplirá noventa años, ya que fue creado en 1926.

Una vez más reiteramos la necesidad de cumplir estrictamente con todos los requisitos establecidos en las pautas de publicación y con aquellos establecidos por Latindex para obtener la calificación de revista científica. En 2015, haremos la presentación correspondiente en este sentido.

A todos Uds. muchas gracias!

Juan Carlos Corbetta
Director

SUMARIO

Homenaje al Vigésimo Aniversario de la Reforma Constitucional de 1994

La reforma de la Constitución Argentina de 1994 y los tratados sobre Derechos Humanos a 20 años de su vigencia POR JUAN CARLOS HITTERS	1
---	---

Derecho Civil

La gestación tras el diagnóstico neurológico de muerte: ¿gestación post mortem? POR LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO	18
Neurociencia y Neuroética en el marco jurídico de la salud mental POR LUIS ALBERTO VALENTE	33

Derecho Constitucional

Individualismo, personalismo y solidaridad: una aproximación al “ser nacional” POR ALBERTO RICARDO DALLA VÍA	48
A veinte años de la reforma de la Constitución Nacional POR CARLOS A. MAYÓN	57
La Corte Suprema reconoce un derecho fundamental: el derecho de acceso a la información pública POR MARÍA DE LA NIEVES CENICACELAYA.....	73
Los menores no punibles. ¿Resulta compatible su situación legislativa con la constitución nacional y tratados internacionales incorporados a ella? POR VALERIA L. ANSELMINO	78

Derecho de la Integración

Perspectivas para los cultivos transgénicos en la actual integración latinoamericana y caribeña POR EUGENIA CANDELARIA PARDO Y CARMEN ROSA SCHAPOSNIK	91
--	----

Derecho Internacional Público

Educación superior en América Latina. Algunas reflexiones sobre la necesidad de políticas educativas institucionalizadas POR JULIA ESPÓSITO	105
--	-----

Derecho Notarial y Registral

Políticas públicas en materia de regularización dominial y la importancia de la colaboración del notariado POR NATALIA LORENA BARRIVIERA, LORENA MUÑOZ, MARÍA ROSA DEL MILAGRO MARTÍN Y KARINA ANDRIOLA.....	113
---	-----

Derecho Penal

Dicho sea de paso. <i>Obiter dicta</i> POR ERNESTO E. DOMENECH	127
Justicia penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires POR MARÍA CELESTE LEONARDI	148

Derecho Político

Aspectos de la conflictividad POR LUIS R. ORO TAPIA	162
Holocausto y proceso. De los prolegómenos de la guerra hasta la solución final (2ª parte) POR HÉCTOR ZIMERMANN	171
La revocatoria popular de sentencias como contrapeso democrático al control judicial de constitucionalidad POR MARTÍN LEONARDO CABRERA	189

Derecho Procesal Civil

Bases para actualizar el código modelo procesal civil para Iberoamérica POR ROBERTO O. BERIZONCE	201
La liquidación y ejecución de sentencias en los procesos colectivos POR LEANDRO J. GIANNINI.....	214
Análisis de los primeros fallos sobre mediación en la Provincia de Buenos Aires POR RITA MARCELA GAJATE.....	237
Correcta elección del carril impugnatorio y doctrina del recurso indiferente: la S.C.J.B.A. confirma su doctrina legal (no tan “indiferente”) POR GUSTAVO GERMÁN RAPALINI.....	243

Derecho Procesal Penal

El territorio argentino como sede de ejecución internacional de la pena
 POR NATALIA ARGENTI 249

Derecho Público Provincial y Municipal

Las experiencias de asociativismo municipal en Hispanoamérica. Valoración de las
 posibilidades de su inserción en Cuba
 POR ORISEL HERNÁNDEZ AGUILAR 264

Derecho Romano

Desentrañando la esencia de la lex aquilia. ¿Reparación resarcitoria o aplicación de
 una penalidad?
 POR ROMINA DEL VALLE ARAMBURU 275

La codificación del Derecho Romano
 POR GASTÓN LEANDRO MEDINA..... 285

Introducción al Derecho

Teoría Ecológica del Derecho versus Teoría Pura del Derecho - Cossio Versus Kelsen.
 POR MIRIAM GASSNER Y THOMAS OLECHOWSKI, TRADUCIDO POR CARLOS ENRIQUE
 PETTORUTI 293

Derechos humanos y decisión jurídica
 POR RUBÉN MARCELO GARATE 307

Derecho Social

Consideraciones sobre la renuncia laboral en el derecho argentino
 POR ADOLFO NICOLÁS BALBÍN..... 321

Formas y consecuencias de la violencia laboral en la administración pública de la
 Provincia de Buenos Aires. El impacto hacia las mujeres
 POR ROMINA DEL VALLE ARAMBURU 336

Poema

La integridad
 POR RICARDO PABLO RECA 348

Pautas de Publicación

Revista Anales - Anexo 2 - Pautas de publicación..... 349

La reforma de la Constitución Argentina de 1994 y los tratados sobre Derechos Humanos a 20 años de su vigencia

POR JUAN CARLOS HITTERS (*)

Sumario: I. La reforma de 1994. Generalidades. A. Introducción. B. Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. 1) Generalidades. 2) Particularidades. C. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos. D. Internacionalización de los Derechos Humanos. — II. Particularidades de la Reforma de 1994. Jerarquía Constitucional de los Tratados sobre Derechos Humanos. A. Generalidades. La constitución internacionalizada. B. Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos enumerados en el artículo 75 inciso 22. C. Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados con posterioridad a la reforma de 1994. — III. Los Derechos Humanos y los órganos interamericanos. A. Obligación de los Estados de cumplir los Tratados y los fallos de la Corte Interamericana. B. Efectos de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. — IV. Conclusiones. Un avance de la Reforma del 1994 y el Control de Convencionalidad.

I. La reforma de 1994. Generalidades

A. Introducción

De conformidad con lo que edicta el art. 30 de la Constitución Nacional que permite la reforma de dicha norma fundamental, el 29 de diciembre de 1993 se dictó la Ley 24.309 que justamente declaró la necesidad de la reforma parcial de la Carta Magna de 1853 (que ya ha habido sido retocada en los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1972). Allí se dispuso sobre la base de un núcleo de coincidencias básicas “rejuvenecer” varios preceptos del citado instrumento. Por ello el art. 3º de la Ley antes nombrada puso sobre el tapete el debate sobre diversos puntos, entre esos, habilitó (art. 3º, I) el campo de “los institutos de integración y la jerarquía de los Tratados Internacionales”. En la Segunda Parte del Título Primero, Sección 1º, el Capítulo 4º (Atribuciones del Congreso), el art. 67 inc. 19 de la vieja Constitución, se transformó en el nuevo art. 75 inc. 22; que enclavó entre las potestades de ambas Cámaras Legislativas la responsabilidad de aprobar o desechar tratados. (1)

Puntualizó que estos documentos tienen jerarquía superior a las leyes. Mas en paralelo enumeró una serie de instrumentos sobre ‘Derechos Humanos’ (aquí está uno de sus puntos vertebrales) otorgándole jerarquía constitucional, esto es, un escalón superior al de los Tratados “comunes”.

Pero además en su segunda parte dio el paso fundamental al traer a nuestro ámbito doméstico el derecho internacional de los derechos humanos. Se le dio vigencia entonces por una vía constitucional privilegiada a los Convenios y tratados sobre Derechos Humanos, fenómeno global que para el

(*) Convencional Constituyente y Vicepresidente Primero de la Comisión de Redacción (Reforma de la Constitución Nacional de 1994). Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP) y Profesor Emérito (UNLP). Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

(1) Señala la primera parte del art. 75 inc. 22: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

jurista Mauro Cappelletti ha sido uno de los movimientos mundiales más importantes en el ámbito de la política internacional, de la última mitad del siglo pasado.

Si bien es cierto que la Constitución de 1853 (con sus modificaciones anteriores al año 1994) abordaba el tema de los tratados internacionales (arts. 27, 31, 67 inc. 19 y 86 inc. 14), la verdad es que no se ocupaba particularmente de estos especiales convenios relativos a los Derechos Humanos, cuya aparición se venía advirtiendo sin ambages desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial con la creación de las Naciones Unidas [1945] y posteriormente en la OEA [1948]. Ello así sobre la base de distintos documentos Universales y Regionales.

La reforma de 1994 llegó por un gran consenso, pues el “Pacto de Olivos” fue seguido por dos acuerdos políticos más amplios, los del 1 y el 15 de diciembre de ese año donde se fijaron las pautas fundamentales, por un lado el contenido del Núcleo de Coincidencias Básicas y, por otro, el amplio alcance de los temas habilitados por el Congreso que fueron la base para lograr nuevos acuerdos en el ámbito de la Convención que permitieron la unanimidad para su aprobación (GARCÍA LEMA, 2014: 1).

B. Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos

1) Generalidades

Como adelantamos la Ley 24.309 (del 29 de diciembre de 1993) habilitó, entre otros puntos, el tratamiento de la “jerarquía de los tratados internacionales”, enumerando en forma expresa diez (2) documentos supranacionales a los que se les dio —ya lo dijimos— jerarquía constitucional, permitiendo al Congreso aprobar —en el futuro— otros documentos de esta naturaleza y con la misma categoría, por las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

En puridad de verdad y afinando los conceptos, cabe decir que en ese encuadre, el art. 75 inc. 22 enumeró una serie de instrumentos que algunos de ellos no son tratados en sentido estricto, por ejemplo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que —como su nombre lo dice— son verdaderas ‘Declaraciones’ que originalmente sólo enumeraban derechos y potestades del individuo, aunque con el tiempo se les fue otorgando cierta obligatoriedad y jerarquía.

2) Particularidades

Los tratados sobre derechos humanos que tuvieron un desarrollo progresivo a partir de la puesta en marcha de la ONU, y que han proliferado en los últimos años, tanto los de tipo universal, como los regionales, conforman ciertas características que en alguna medida los diferencia de los clásicos (HITTERS y FAPPIANO, 2007-2011: 416 y ss.). En efecto, éstos tienen en mira un intercambio recíproco de beneficios, y en caso de incumplimiento hasta pueden quedar sin efecto o suspender parcialmente sus consecuencias, conforme al art. 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En cambio, los referentes a las prerrogativas del hombre, enfocan al individuo como destinatario principal y no a los Estados. Otra de las particularidades de la institución analizada, que fue remarcada por la Corte Internacional de Justicia, cuando se refirió a la Convención sobre Genocidio, es que “los Estados contratantes no tienen intereses propios solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en un instrumento de ese tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones” (RÉSERVES Á LA CONVENTION SUR LE GÉNOCIDE, 1951: 23).

Ese Tribunal dejó también puntualizada la dicotomía que existe entre las obligaciones de los Estados frente a la comunidad internacional en su conjunto, esto es con relación a los seres humanos,

(2) En realidad fueron once porque englobó bajo un mismo acápite el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

y las que nacen frente a otro estado. Con referencia a los primeros, agregó ese órgano jurisdiccional, que todos los gobiernos tienen interés legal en su protección pues se trata de obligaciones *erga omnes*. Las mismas “derivan por ejemplo, en derecho internacional contemporáneo de actos ilegales de agresión, del genocidio y también de los principios y reglas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana” (la bastardilla no resulta del texto original). (3)

Otra de las originalidades de las convenciones sobre derechos humanos —referidos en la Constitución de 1994— es que su ámbito de aplicación y alcance no están gobernados por el equilibrio recíproco entre las partes signatarias, ya que la finiquitación de un tratado por incumplimiento grave de uno de los adherentes, que opera en el derecho internacional clásico, no juega en el campo que nos ocupa. En este orden de pensamiento, el art. 60.5 de la referida Convención de Viena, edicta que tales pautas tradicionales no son válidas con respecto “a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en los tratados de carácter humanitario, en particular las disposiciones que prohíben toda forma de represalia con respecto a las personas protegidas por tales tratados” (DE LA GUARDIA y DELPECH, 1970: 43).

La Corte Interamericana no ha sido ajena a esta categorización que venimos haciendo, y remarcó desde hace tiempo y en varias oportunidades la notable diferencia que hay entre los tratados clásicos y los atinentes a las prerrogativas del hombre. En la Opinión Consultiva N° 2 (OC-2/82), dijo claramente que estos últimos no son multilaterales de tipo tradicional para beneficio de los Estados, “su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio estado como frente a los otros estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción...” (4)

No olvidemos que en la siguiente Opinión Consultiva (OC-3/83), ese Tribunal se ocupó nuevamente de la temática que estamos abordando, perfilando una vez más las características propias de este tipo de tratados, apuntando que los principios que rigen el modelo clásico, con respecto a las reglas que gobiernan la reciprocidad en materia de reservas de los mismos, no tienen valimiento en el campo de los derechos humanos. (5)

El carácter especial de ellos ha sido reconocido también por la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH) (6); y surge en paralelo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo preámbulo, hace referencia a su propósito de “consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre...” (7)

(3) Caso relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Excepciones Preliminares), Fallo de 24 de julio de 1964, ídem Caso relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Segunda Fase), Fallo de 5 de febrero de 1970. Ver también su Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1951, CIJ, N° 15).

(4) Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982, El efecto de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75). Serie A, Fallos y Opinión N° 2, párr. 29.

(5) Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983, Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4°.2 y 4°.4 CADH), Serie A, Fallos y Opinión N° 3, párr. 62. Sobre la interpretación de los Tratados se dijo también en ese pronunciamiento que juega el principio de la buena fe, y que se deben tener en cuenta criterios objetivos (párrs. 52-52).

(6) CEDH. Cuando sostuvo que las obligaciones asumidas por las altas Partes Contratantes en la Convención Europea son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, de violaciones originadas por las Altas partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre ellas (Austria c. Italy, Application N° 788/60, European Yearbook of Human Rights, 1961, Vol. 4, pág. 140).

(7) Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982 (cit.), párr. 30.

Sintetizando, podemos reiterar que se aprecian notables diferencias entre los tradicionales tratados y los referentes a los derechos del hombre. En efecto, éstos tienen un contenido que apunta a una garantía mínima cuyo desarrollo progresivo casi siempre se prevé; además no están restringidos por la contraposición del interés de los signatarios, ni rige el principio de reciprocidad entre los derechos y obligaciones contraídas. En tal tipo de instrumentos el destinatario es el ser humano, y los estados no tienen un interés propio, ya que apuntan a mantener las prerrogativas del hombre. Por otra parte la mayoría de ellos crea para los gobiernos obligaciones *erga omnes*, y no se aplican las reglas generales sobre “reservas”, que imperan para los tratados clásicos.

Digamos que el objeto y fin de los documentos abordados en este apartado, son los derechos fundamentales del hombre, y no quedan sin efecto —como los otros— en caso de incumplimiento de las partes. Uno de sus rangos definidores es que se le reconoce al individuo la calidad de sujeto de derecho internacional.

Por último, conviene reiterar que las constituciones modernas le dan a este tipo de convenciones un ponderable rango normativo. Adviértase que el art. 46 de la Carta Magna de Guatemala dispone que los tratados sobre derechos humanos ratificados por ese país, tiene preeminencia sobre el derecho interno. A su vez el art. 105 de la Constitución de Perú, de 1979, establecía que “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Carta Fundamental”. Por su parte el art. 95.1º de la Carta Suprema de España edicta que “la celebración de un tratado internacional que contenga disposiciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional” (NIKKEN, 1987: 92).

Como ya expresamos, la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 —a la que venimos haciendo referencia—, le dio a ciertos instrumentos allí enumerados (art. 75, inc. 22) jerarquía constitucional (HITTERS, MARTÍNEZ y TEMPESTA, 1994), aclarando que los mismos “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución (parte dogmática) y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Como se advierte, de este modo se produjo una ‘agregación’ de normas y preceptos que coexisten —y deben conciliarse— con las libertades y derechos clásicos de la Primera Parte (Ibidem, 1994).

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es, principalmente, una codificación del derecho consuetudinario (*lex lata*). Ciertas normas de este cuerpo preceptivo se erigen como derecho nuevo, por ejemplo el art. 46 sobre disposiciones de la legislación interna concernientes a la competencia para celebrar tratado; y otras son simplemente modificación del derecho internacional general existente, como el caso del sistema de reservas.

Este conjunto de preceptos se aplica sólo a los tratados celebrados por escrito y regidos por el derecho internacional. Ello sin perjuicio de señalar que sus pautas hermenéuticas valen como criterios de interpretación para los tratados celebrados por los estados que no han ratificado dicha normativa, pues como dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 3 (OC-3/83, Restricciones a la Pena de Muerte), los criterios que determina este instrumento pueden considerarse reglas de derecho internacional general sobre el tema de los derechos humanos.

Los parámetros relativos a la hermenéutica de los tratados constituyen una de las secciones de la Convención de Viena (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, 1980: 56). Los cuatro artículos que se ocupan de esta cuestión son fruto de la jurisprudencia desplegada por la Corte Internacional de Justicia. (8)

(8) El art. 31.1 impone el principio de la buena fe, que obviamente también opera en el campo comercial privado. Dice esa norma que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado con el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto fin”; el párr. 2º dispone que a estos fines se considerará además del texto, el preámbulo y sus anexos. A su vez, párr. 3º aclara que junto con el contexto se deberá considerar también: “a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la interpretación de sus disposiciones; b) toda práctica ulterior seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Por último el apart. 4º del art. 31, dispone que, “se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”. El art. 32 permite acudir a los medios de interpretación

C. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La reforma del 1994 al atribuirle a estos Tratados un valor constitucional privilegiado en el orden normativo argentino, sirvió como una plataforma de lanzamiento para incorporar —con fuerza normativa— a nuestro ámbito el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que ya tenía un desarrollo fundamental y progresivo en el campo internacional y regional.

Lo cierto es que con anterioridad a la reforma, nuestro país había ratificado, entre otros documentos, la Convención Americana Sobre los Derechos del Humanos, nacida en el año 1969 (llamada Pacto de San José de Costa Rica), ratificada mediante la Ley 23.504 del año 1983. Este Tratado fundamental para el esquema interamericano —quizá el más trascendente— enumeró una serie de derechos protegidos (arts. 4º a 23) y en particular reguló dos cuerpos de protección, uno preexistente, la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos (en adelante la CIDH); y el otro allí creado, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH). Esos dos organismos han generado una serie de pronunciamientos, especialmente la Corte, que le dieron tal altitud a la materia aquí estudiada al punto de haber generado decisiones impensables en los últimos 35 años, como por ejemplo la obligatoriedad de sus pronunciamientos en el derecho interno, que influyeron notoriamente en el país a tal punto que fueron la base argumental para que nuestra Corte Suprema Nacional decretara por ejemplo la nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, etc.

En este orden de ideas vale reiterar (HITTERS y FAPPIANO, 2007-2011: 404) que modernamente ha visto la luz lo que se ha dado en llamar el derecho internacional de los derechos humanos, como una rama del derecho internacional clásico, que tiene como objeto la protección y promoción de las libertades fundamentales del hombre. Se trata —según veremos— de una nueva disciplina que posee ciertas características que la diferencian de su rama ancestral, tales como la posibilidad de que el ser humano reclame por se ante los órganos metanacionales (Ibídem: 646).

Todo desde una perspectiva distinta, ya que los Tratados sobre Derechos Humanos se distinguen de los tradicionales, pues en los aquí referidos —como anticipamos—, el hombre es sujeto de derecho, mientras que en los otros solamente los Estados tienen esa condición (Ibídem: 646).

Es dable remarcar las particularidades de la materia examinada. En efecto, aquí el individuo aisladamente (o en grupos) es considerado sujeto del derecho internacional. Como consecuencia de todo ello se ha producido una positivación de sus prerrogativas, en declaraciones, convenciones y tratados; y en paralelo —vale la pena reiterarlo— se ha logrado la promoción y protección de esas potestades inalienables a través de órganos especializados ya referidos creados a estos efectos.

La Carta de la ONU constituyó el primer intento serio y abarcador que se ocupó de la protección y de la promoción de los derechos del hombre en el cuadrante internacional, puesto que para la Liga de las Naciones dicha temática era una cuestión de derecho interno en la cual no podría interferir ningún Estado. Tal tendencia se consolidó con los Pactos Internacionales de las Naciones Unidas de 1966.

La plataforma compuesta por la Carta de la ONU, la Declaración Universal y los dos Pactos de la ONU de 1966 (9), ha servido de basamento para la puesta en funcionamiento de otros documentos internacionales de gran importancia, como por ejemplo los incorporados por la Reforma Constitucional de 1994 (art. 75 inc. 22).

En este orden de pensamiento no tenemos que perder de vista que la adopción de los Pactos de 1966 impulsó la modalidad de los “informes periódicos”, producidos por los distintos comités de expertos, justamente para asegurar el acatamiento de estas prerrogativas fundamentales (HITTERS y FAPPIANO, 2007-2011: 331).

complementarios, en particular a los trabajos preparatorios y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del art. 31, o para determinar el mismo.

(9) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobados el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2200 A (XXI).

Luego se fue avizorando una tendencia hacia la regionalización en este campo, primero en Europa occidental, y posteriormente en América y en África, que terminó por conformar este cuadro de situación que es siempre cambiante y progresivo.

D. Internacionalización de los Derechos Humanos

Vimos ya en forma sucinta los antecedentes remotos de los fenómenos de internacionalización y de universalización —que fueron la base, en este tema, de nuestra Reforma Constitucional—, y señalamos que en el área de los derechos humanos tuvieron su epicentro a partir de la Carta de la ONU. Desde entonces han ido tomando consistencia un conjunto de normas jurídicas y de principios fundamentales, que se denomina derecho internacional de los derechos humanos, y que nacieron como consecuencia de la limitación de la soberanía de los gobiernos, a favor de las prerrogativas de la humanidad. A causa de ello se ha mutado —por ejemplo— el concepto de Intervención, ya que los Informes (o pronunciamientos) de las entidades internacionales especializadas no son considerados como intromisión en los asuntos domésticos. El reconocimiento de los Estados del coto que significan los derechos del hombre es hoy en día una obligación internacional que deben asumir, respondiendo todo ello a la doctrina de la mediatización del derecho internacional (subsidiariedad), ya que —como antes puntualizamos— para cumplir con su función necesita de la colaboración de los gobiernos.

Por último convengamos en que esta oleada de internacionalización, no es hoy una fantasía, ya que ha llegado a un importante grado de efectividad (10), por supuesto dentro de la relatividad que este tipo de protección puede proporcionar.

Sintetizando, podemos reiterar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha tenido una importantísima doble influencia en el derecho internacional de los derechos humanos (11) ya que, por un lado puso en marcha un control metanacional, que ha abierto las puertas al explosivo instituto del Control de Convencionalidad, y por otro incorporó un conjunto de Derechos protegidos, que son *selfexecuting*.

Habiéndose generado a partir de todo ello un nuevo derecho trasnacional sustancial (Tratados, *ius cogens* y jurisprudencia de la Corte IDH), y procesal (Estatutos y Reglamentos tanto de la Corte y de la Comisión), todo ello realizado por la reforma constitucional al darle a los Tratados sobre Derechos Humanos jerarquía constitucional.

II. Particularidades de la Reforma de 1994. Jerarquía Constitucional de los Tratados sobre Derechos Humanos

A. Generalidades. La constitución internacionalizada

La Comisión de Integración y Tratados Internacionales de 50 miembros (12), presidida por el Conventional Juan Pablo Cafiero (13), se ocupó de esta problemática, tanto en el Dictamen de la Mayoría como el Dictamen de la Minoría. (14)

(10) En nuestro ámbito continental la Corte IDH dejó en claro que: “el art. 25.1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos incorpora el principio reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos”, Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, Garantías judiciales en estados de emergencia, arts. 27.2°, 85 y 8° de la CADH, Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, julio-diciembre 1987, N° 6, pág. 79.

(11) Sobre mi postura en esta temática puede verse la Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, pgs. 2822, 2830, 2831, 2833, 3139 a 3149.

(12) Integrada por Presidente Juan Pablo Cafiero, Vicepresidente Enrique De Vedia, Vicepresidente 1° Zelmira Mireya Regazzoli, Vicepresidente 2° Hugo Rodríguez Sañudo, Vicepresidente 3° Hilario Muruzabal, Vicepresidente 4° Ana María Pando, Secretarios Jorge Daniel Aena y Esteban Miguel Llamosas; quién escribe este artículo intervino como Miembro de dicha Comisión.

(13) Véase Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, pág. 2828.

(14) Véase Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, pág. 3841 y siguientes.

En la Sesión 3ª Reunión 22A (del 2 de agosto de 1994) y en la Sesión 3º Reunión 23A (del 3 de agosto de 1994) (15), referidas al inc. I del art. 3º de la ley 24309, al abordar el que sería el nuevo art. 75 inciso 22 (antiguo art. 67 inc. 19), el Dictamen de la Mayoría propuso el siguiente texto: “Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados *tienen jerarquía constitucional*, y los derechos, libertades y garantías que consagran se presumen operativos. Sólo podrán ser denunciados con la mayoría de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara. Los derechos, libertades y garantías consagradas por esta Constitución, los Tratados Internacionales, la legislación y las demás disposiciones del derecho interno se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados. En todos los casos se aplicará la norma de tutela más favorable” (16) (énfasis añadido).

Aunque el texto final de la Convención no salió aprobado exactamente igual al sugerido por la Comisión de Tratados, lo cierto es que ésta propuso la jerarquía constitucional de los documentos sobre Derechos Humanos, sin enumerarlos.

También se enfatizó en la Comisión de marras que este tipo de instrumentos deberían interpretarse sobre la base del principio *pro homine* (ello se infiere del art. 29 de la CADH), criterio que fuera adoptado por la Corte IDH, particularmente en sus últimos fallos donde se señaló que estos instrumentos supranacionales desde la perspectiva hermenéutica deben estar acordes con la jurisprudencia de ese órgano jurisdiccional interamericano (17), en la medida en que el derecho interno no sea más favorecedor. (18)

Para conocer las opiniones de los distintos convencionales sobre el particular, véase Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, páginas 3094 a 3174.

B. Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos enumerados en el art. 75 inc. 22

El art. 75 inc. 22 elencó los siguientes documentos: 1) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (19); 2) Declaración Universal de Derechos Humanos (20); 3) Convención Americana sobre Derechos Humanos (21); 4) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo (22); 5) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (23); 6) Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (24); 7) Convención Interna-

(15) Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, páginas 1815/2926 y 2927/2944 y 2947/3090.

(16) Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, pág. 3842. Respecto del Dictamen de la Minoría véase pág. 3850 y ss.).

(17) Véase Corte IDH, Caso Gelman c. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, y en especial el Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

(18) Para conocer las opiniones de los distintos convencionales sobre el particular, véase Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, páginas 3094 a 3174.

(19) Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948.

(20) Adoptada y proclamada por la resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

(21) Suscripta en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Ratificada por la República Argentina por Ley 23.054. Sancionada: Marzo 1º de 1984. Promulgada: Marzo 19 de 1984.

(22) Suscripto en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 16 de diciembre de 1966. Ratificado por la República Argentina por Ley 23.313. Sancionada: Abril 17 de 1986. Promulgada: Mayo 06 de 1986.

(23) Suscripto en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966. Ratificado por la República Argentina por Ley 23.313. Sancionada: Abril 17 de 1986. Promulgada: Mayo 06 de 1986.

(24) Aprobada por la III Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948. Ratificada por la República Argentina por el dec.-ley 6286/1956.

cional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (25); 8) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (26); 9) Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (27) y 10) Convención sobre los Derechos del Niño. (28)

C. Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados con posterioridad a la reforma de 1994

A posteriori se aprobaron los siguientes documentos, todos ellos con rango constitucional: 1) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (29), y 2) Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. (30)

III. Los Derechos Humanos y los órganos interamericanos

A. Obligación de los Estados de cumplir los Tratados y los fallos de la Corte Interamericana

La constitucionalización de los Tratados sobre Derechos Humanos enumerados en el art. 75 inc. 22 y los que luego alcanzaron esa condición, produjo importantes efectos en el derecho interno argentino. Ello así considerando el “diálogo” que se viene dando entre los órganos jurisdiccionales domésticos, y los cuerpos del sistema (la CIDH y la Corte IDH). Y esto no sólo en nuestro ámbito sino en todo el modelo del Pacto de San José de Costa Rica ya que los decisorios de los dos órganos citados han generado una verdadera casación interamericana, uniformando las pautas de interpretación para más de 500 millones de personas.

Se parte de la base que en principio ninguna actuación de cualquiera de los tres poderes del Estado puede resultar contraria a lo expresado en los Tratados internacionales sobre derechos humanos, y como consecuencia de ello los países deben respetar la jurisprudencia del Tribunal regional antes aludido (art. 27 de la Convención de Roma sobre el Derecho de los Tratados), pues de lo contrario se origina la responsabilidad internacional del Estado, conforme a los arts. 1º.1 y 2º del Pacto de San José (HITTERS, 2007: 875).

La Corte IDH ha dejado en claro desde siempre que, en principio, no se ocupa en sí de las cuestiones domésticas sino que su tarea es la de inspeccionar si los países han violado o no las convenciones sujetas a su competencia (31), ya que como es por demás sabido, el derecho internacional es sub-

(25) Suscripta en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 13 de julio de 1967. Ratificada por la República Argentina por Ley 17.722 (26 de abril de 1968).

(26) Aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. Suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980. Ratificada por Ley 23.179. Sancionada: Mayo 8 de 1985. Promulgada: Mayo 27 de 1985.

(27) Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, y aprobada por la República Argentina mediante la Ley 23.338. Sanción: 30/07/1986. Fecha de Promulgación: 19/08/1986.

(28) Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989. Aprobada por la República Argentina mediante la Ley 23.849. Sancionada: Setiembre 27 de 1990. Promulgada de hecho: Octubre 16 de 1990.

(29) Aprobada durante la 24a. Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, el 9 de junio de 1994, en Belém do Pará, República Federativa del Brasil. Aprobada por la República Argentina por Ley 24.556. Jerarquía Constitucional por Ley 24.820. Sancionada el 30 de abril de 1997. Promulgada el 26 de mayo de 1997.

(30) Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968. Aprobada por la República Argentina por Ley 24584. Jerarquía constitucional Ley 25778. Sancionada el 20 de agosto de 2003. Promulgada el 2 de septiembre de 2003.

(31) Como bien apunta el Juez Cançado Trindade, no se trata en verdad de “revisar” las sentencias de los tribunales domésticos, sino de una función más importante e imprescindible dentro de un mecanismo que se jacta de ser protector de los derechos humanos, puesto que la Comisión y la Corte como únicos órganos de supervisión, pueden y deben determinar la compatibilidad o no con el Pacto de San José de cualquier acto u omisión en que incurran los Estados, a través de algunos de sus poderes, órganos o agentes (ALBAR y CANÇADO TRINDADE, 1998; 584).

siديوario, lo que significa que sólo actúa en la medida que las autoridades internas hayan violado un Tratado internacional (art. 46.1º.a de la CADH).

Por ello ha establecido —sin entrometerse en las jurisdicciones locales— que una sentencia con carácter de cosa juzgada de los jueces domésticos “...tiene que ser necesariamente cumplida debido a que en ella se adopta una decisión de forma definitiva, otorgando certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto, y tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad. Ante este tribunal [agregó], eventualmente puede discutirse la autoridad de cosa juzgada de una decisión cuando ésta afecta derechos de individuos protegidos por la convención y se demuestra que existe una causal de cuestionamiento de la cosa juzgada.” (32) En ese mismo sentido ha añadido que sólo circunstancias excepcionales pueden conducir a que el cuerpo supranacional “...deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos”. (33)

B. Efectos de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Hemos querido adelantar a modo propedéutico que ese Tribunal internacional ha sentado la postura en el sentido de que por regla, él no se ocupa de modificar en forma directa el derecho interno, ya que su misión consiste en “inspeccionar” —a través del control de Convencionalidad— si el Estado acata o no los Pactos internacionales; y por ende —repetimos—, no se convierte en una “cuarta instancia” que deja sin efecto las leyes domésticas. También importa considerar en este racconto sobre la influencia de la Reforma Constitucional de 1994 en el derecho interno, que los fallos que la Corte IDH dicta son obligatorios para los Estados que han sido parte en el pleito (arts. 62.3 y 68.1).

La duda aparece cuando se pretende saber si originan una especie de “doctrina legal” de aplicación, digamos, “obligatoria” para los países signatarios. Convengamos que esta problemática posee ciertas aristas rebeldes.

En este orden de pensamiento resulta preciso acotar que el postulado de la buena fe impuesto por el art. 31.1º de la Convención de Viena, dispone que si un Estado firma un Tratado internacional —particularmente en el ámbito de los derechos humanos—, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes (GOZAÍNI, 2008: 307). Aunque lo cierto es que ninguna norma del Pacto de San José le da el carácter vinculante, es decir *erga omnes*, para los países que no participaron en el pleito. Por ello, para resolver este *desideratum* es preciso acudir a la interpretación de los principios y postulados que reinan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Surge —a nuestro modo de ver—, de tal análisis —como plataforma general— que en principio existe por lo menos una vincularidad moral y también jurídica de acatamiento ya que el incumplimiento de los Tratados y de las directivas del Tribunal de San José, impone —como ya dijimos— la responsabilidad internacional del Estado en cualquiera de sus tres poderes (art. 1º.1 y 2 del Pacto de San José).

Visto este planteo desde la perspectiva internacional, la Corte IDH siempre ha considerado vinculantes sus fallos con respecto a los países participantes en el litigio internacional, empero no hace mucho ha venido sentando el postulado de que esa consecuencia también se extiende a los países adherentes a la Convención Americana sobre Derechos Humanos aunque no hayan participado en el litigio.

Hace ya algún tiempo la Corte IDH refiriéndose al derecho interno peruano y a partir de los casos: “Barrios Altos”, “El Tribunal Constitucional de Perú”, especialmente en “La Cantuta” (entre otros) (34),

(32) Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros c. Perú, Sentencia de 7 de febrero de 2006, Serie C 144, Párr. 167.

(33) Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán c. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 13, párr. 198; Corte IDH, Caso Palamara Iribarne c. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, párr. 121.

(34) Corte IDH, Casos: Barrios Altos c. Perú (Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C Nº 75); La Cantuta c. Perú (Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162) y Tribunal Constitucional c. Perú (Sentencia de 31

había parado mientes en señalar los efectos *erga omnes* de sus fallos no sólo para el asunto concreto sino para todo el derecho interno de un país, aún fuera del asunto juzgado. (35)

El Tribunal Constitucional peruano tomó nota de los efectos atrapantes de los decisorios de marras diciendo que: “... La vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la Cuarta Disposición Final y Transitoria CDFT de la Constitución y el art. V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte Interamericana, reconocida en el art. 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal [...] La cualidad constitucional de esta vinculación derivada directamente de la CDFT de la Constitución, tiene una doble vertiente en cada caso concreto: a) reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, b) preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana, de las que, lamentablemente, nuestro Estado conoce en demasía. Es deber de este Tribunal y, en general, de todo poder público, evitar que este negativo fenómeno se reitere” (36) [énfasis añadido].

En el caso “La Cantuta” había expresado que “... de las normas y jurisprudencia de derecho interno analizadas, se concluye que las decisiones de esta Corte tienen efectos inmediatos y vinculantes y que, por ende, la sentencia dictada en el caso Barrios Altos está plenamente incorporada a nivel normativo interno. Si esa Sentencia fue determinante en que lo allí dispuesto tiene efectos generales, esa declaración conforma ipso iure parte del derecho interno peruano, lo cual se refleja en las medidas y decisiones de los órganos estatales que han aplicado e interpretado esa Sentencia.” (37)

Por ende, vale la pena recordar que tanto en “Barrios Altos”, como en los casos “Tribunal Constitucional de Perú” y en “La Cantuta” ya referidos, la Corte IDH se comportó como un Tribunal Constitucional anulando —indirectamente— las leyes de amnistía, con efecto *erga omnes*. (38)

Obsérvese cómo dicho Tribunal interamericano había “amplificado” notablemente su tradicional doctrina legal, sosteniendo a partir de allí que la vinculatoriedad de sus pronunciamientos no se agota en su parte resolutive, (que vale para el caso particular), sino que se multiplica expansivamente (valga la redundancia), a los fundamentos del fallo, obligando a los tres poderes del Estado para la generalidad de los casos similares (HITTERS, 2009: 1169).

Ya dijimos que las sentencias de la Corte IDH son obligatorias para el caso concreto, y en algunas circunstancias para los demás asuntos de la misma esencia (como en Perú) que tramiten en una nación determinada.

de enero de 2001, Serie C No. 71). Ídem Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros c. Panamá (Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104).

(35) Corte IDH, Casos: Barrios Altos c. Perú (cit.); La Cantuta c. Perú (cit.) y Tribunal Constitucional c. Perú (cit.).

(36) Tribunal Constitucional en el caso Arturo Castillo Chirinos, Expediente N° 2730-06-PA/TC, del 21 de julio de 2006, párrs. 12 y 13.

(37) Caso La Cantuta c. Perú (cit.), párr. 186, citando el caso Barrios Altos c. Perú (cit.). Dichas pautas fueron aplicadas por la CSN en varios casos, entre los que podemos citar: Hagelin, Ragnar Erland c. Estado Nacional. Fallos 316:2176 [1993] y 326:3268 [2003], voto del Dr. Fayt, párr. 7 y voto del Dr. Boggiano, párr. 4.

(38) Repárese en la similitud que tienen dichos precedentes con lo actuado por ejemplo por la CSN en el caso “Simón” (Corte Suprema Nacional, “Simón, Julio H. y otros”, sent. 14-junio-2005, (LA LEY, 2005-C, 845), comentado por Gregorio Badeni.

La duda aparece —lo expresamos con anterioridad— cuando se pretende saber si sus fallos originan una especie de “doctrina legal” para todos los casos similares, en cualquiera de los Estados signatarios del Pacto de San José.

En este orden de pensamiento resulta preciso acotar que el postulado de la buena fe impuesto por el art. 31.1 de la Convención de Viena, dispone que si un Estado firma un Tratado internacional —particularmente en el ámbito de los derechos humanos—, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes (arts. 1º.1 y 2 de la CADH) (GOZAÍN, 2008: 307).

Empero, lo cierto es que —como ya quedó dicho— ninguna norma del Pacto de Costa Rica le da en forma expresa el carácter extensivo, válido para todos los asuntos a los decisorios de la Corte IDH. Salvo —reiteramos—, para el caso concreto (arts. 62 y 68 del Pacto de San José).

Por ello, para resolver este *desideratum* es preciso acudir a la interpretación de los principios y postulados que reinan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Corte Interamericana.

La Corte IDH en tiempos cercanos ha abordado nuevamente la problemática del efecto vinculante —*erga omnes*— de sus pronunciamientos. El 20 de marzo del año 2013, en la Supervisión del Caso Gelman c. Uruguay, donde a nuestro modo de ver dio un paso más, llegando a la conclusión de que sus fallos son también obligatorios para los Estados que “no fueron parte”, con lo que finalmente terminó por reducir al mínimo lo que se ha dado en llamar el “margen de apreciación nacional”.

En el asunto de marras el excelente Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (39) explica este tema al votar en la Supervisión de Cumplimiento del expediente Gelman c. Uruguay —ya nombrado—, reiterando lo dicho por sus colegas añadiendo —con profundidad— sus propias argumentaciones.

Alude a la eficacia objetiva de la sentencia interamericana “como norma convencional interpretada” con una vinculación indirecta *erga omnes*, esto es, como estándar interpretativo mínimo de la efectividad de la norma convencional (HITTERS, 2013: 1), siguiendo en parte algunos basamentos del ex presidente del Tribunal, Antônio Augusto Cançado Trindade, para referirse al efecto de los fallos de la Corte en asuntos en los que el Estado no fue parte del pleito.

El Voto Razonado aludido pone de relieve la proyección de la eficacia hermenéutica *erga omnes* que tiene la sentencia con respecto a todos los Estados que se han plegado al sistema interamericano. Ello significa —dice— que la totalidad de las autoridades domésticas deben aplicar no sólo el principio convencional —que surge del Tratado—, sino la norma convencional interpretada (*res interpretata*). (40) Esto es —valga la redundancia—, la hermenéutica que de la misma ha hecho la Corte IDH (art. 62.1 CADH) que resulta atrapante (arts. 1º.1 y 2 CADH).

Además, el citado sufragio habla de la “efectividad mínima” como piso de marcha del modelo, ya que del art. 29 del Pacto de San José señala que si en el ámbito interno surge una protección mayor (es decir más eficaz) debe ponerse en juego el esquema local y no el internacional. (41)

(39) Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 20 de marzo de 2013, Caso Gelman c. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, párrs. 42 y 43.

(40) Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Caso Gelman c. Uruguay, cit., párr. 43.

(41) Para ello no debe omitirse que “El carácter evolutivo de la jurisprudencia interamericana ha permitido interpretar el contenido obligacional derivado del art. 2º de la Convención Americana de adoptar disposiciones de derecho interno sean medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades. Esto ha motivado una jurisprudencia interamericana amplia sobre diversas temáticas; por ejemplo, pueblos indígenas o tribales, libertad de expresión y acceso a la información, derecho del inculpaado a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior en materia penal, pena de muerte, fuero militar, derecho laboral, estabilidad e inamovilidad de jueces, y sobre leyes de amnistía. En esta última línea jurisprudencial sobre la incom-

Queda claro entonces que esos decisorios originan —en principio— efectos no solamente para el país condenado (vinculación “directa”, interpartes), sino también hacia los Estados que no intervienen en el pleito internacional (vinculación “relativa”, *erga omnes*), pero sólo en la medida de la norma interpretada, no así en la totalidad del fallo. Salvo que no exista —ya lo dijimos— una interpretación local más favorable al ser humano en cuya hipótesis vale la más ventajosa (art. 29 CADH).

En suma, según este elevado criterio —que compartimos—, las sentencias del Tribunal Interamericano originan dos tipos de consecuencias, a saber: una de vinculación “directa” —y obligatoria— para el país condenado (arts. 62 y 68 CADH); y otra de vinculación “relativa” —*erga omnes*— para todos los miembros del modelo interamericano, que no participaron del proceso.

Es por ello que la norma interpretada en la decisión, no puede ser controvertida en el ámbito doméstico, y que de serlo, tolera el control de convencionalidad secundario (subsidiario) (42) por vía de la Corte IDH, que debe declararla “inaplicable”, es decir “inconvenional”. (43)

Con respecto al control de convencionalidad secundario en los Estados Unidos de México la Corte Interamericana, en el caso Radilla Pacheco (44), condenó a ese país por la violación de varios derechos consignados en la CADH (45), ordenando reformar el art. 57 del Código de Justicia Militar referente a la imposibilidad de juzgar a los civiles en dicho fuero (párrs. 277 y 300). (46) Y posteriormente, cuando llevó a cabo la Supervisión de Cumplimiento de la Sentencia (47), insistió en la necesidad de concluir las modificaciones legislativas ordenadas. (48) Tal apertura ha implicado que esa Nación

patibilidad de las leyes de amnistías, como sucedió en la Sentencia del Caso Gelman, expresamente se concluye en el Resolutivo 6 que ‘El Estado ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana’ y específicamente dentro de la motivación, se expresa: ‘En particular, debido a la interpretación y a la aplicación que se ha dado a la Ley de Caducidad, la cual carece de efectos jurídicos respecto de graves violaciones de derechos humanos en los términos antes indicados, ha incumplido su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención, contenida en el art. 2º de la misma, en relación con los arts. 8º.1, 25 y 1.1 del mismo tratado y los arts. I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas’; Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-GregorPoisot, Caso Gelman c. Uruguay, cit., párr. 46.

(42) Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-GregorPoisot, Caso Gelman c. Uruguay, cit., párrs. 67 a 71.

(43) Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-GregorPoisot, Caso Gelman c. Uruguay, cit., párr. 67.

(44) Corte IDH, Caso Radilla Pacheco c. México, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209.

(45) El señor Radilla Pacheco fue detenido y desaparecido el 25 de agosto de 1974 por un retén militar en el Estado de Guerrero. Se trataba de un ex presidente municipal de Atoyac de Álvarez, a quien se lo había involucrado en la guerrilla. Por ese caso se responsabilizó en el 2005 a un alto jefe del ejército que fue llevado a la justicia militar, y en el 2006 se dispuso el cierre del mismo.

(46) Podemos citar, en concordancia con lo dicho: a) en el caso Rosendo Cantú y otra Vs. México (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución del 25 de noviembre de 2010), donde la Corte IDH, que había condenado a dicho país por la investigación insuficiente del delito de violación sexual, sostuvo que “...el Estado deberá conducir en el fuero ordinario, eficazmente y dentro de un plazo razonable, la investigación...”, añadiendo que ese cuerpo supranacional seguirá supervisando, y b) en el caso Fernández Ortega y otros Vs. México (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución del 25 de noviembre de 2010), también por violación sexual, donde la Corte IDH llegó a la misma conclusión. Otro asunto de índole similar lo tenemos en el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaca c. Paraguay (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución del 20 de mayo de 2009), aquí el Estado pagó como indemnización más de 380.000 dólares (a cuenta) a los familiares de varias víctimas, que habitaban en el Chaco paraguayo, por violación de sus derechos fundamentales (por falta de atención estatal).

(47) Corte IDH, Caso Radilla Pacheco c. México, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de mayo de 2011.

(48) Corte IDH, Caso Radilla Pacheco c. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia (cit.). Resolución de 19 de mayo de 2011, párr. 58. 2. c), dijo allí que el país debía “adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el art. 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (punto resolutivo décimo y Considerandos 20 a 22)”.

reformara recientemente su propia Carta Magna Nacional (V. MAC GREGOR y SILVA GARCÍA, 2009), incluyendo en su artículo 1 la problemática de los Derechos Humanos. (49)

A su vez la Suprema Corte de ese país al analizar el pronunciamiento condenatorio, aceptó el control difuso de “constitucionalidad” y de paso también la inspección difusa de “convencionalidad” (50), siguiendo las pautas tenidas en cuenta en el voto Razonado del Juez ad-hoc Ferrer Mac-Gregor (51) en el caso Cabrera García y Montiel Flores. (52)

En el caso Radilla Pacheco el Pleno de ese Tribunal determinó en definitiva que los integrantes de las fuerzas armadas que mancillen las garantías individuales de la población deben ser juzgados en el fuero común y no en el federal; y por ende no podrá intervenir la justicia castrense. Vale la pena tener presente que como corolario de todo esto la Corte doméstica decidió que la sentencia interamericana aludida es obligatoria para el Estado mexicano. (53) Lo cierto es que el Tribunal regional sigue super-visitando el caso y en su pronunciamiento del 19 de mayo, dispuso no archivarlo por ahora. (54)

Enfocada esta problemática desde el punto de vista del Derecho Interno Mexicano no será baladí remarcar que el fallo local —tomado por siete votos contra tres— autorizó esa inspección de Constitucionalidad y Convencionalidad por parte de cualquier juez (control difuso) para asegurar que los magistrados judiciales no contradigan el sentido de las disposiciones del Pacto de San José de Costa

(49) En su art. 1º dispone: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece [...] Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia [...] Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley [...] Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes [...] Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917, modificada el 10 de junio de 2011, publicada en el DOF el 10 de junio de 2011).

(50) De ello resulta —según lo entiendo— que ahora todos los jueces de México deben inspeccionar la compatibilidad de las leyes internas, con las de la CADH en los asuntos en los que están involucrados.

(51) Además de las modificaciones a la Carta Magna, en junio de 2011, se aprobó otra reforma Constitucional en materia de amparo, de gran importancia, donde se incorpora la posibilidad de que las sentencias tengan efectos erga omnes, admitiendo los casos de interés legítimo, etc.

(52) Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores c. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220.

(53) El propio gobierno reconoció la responsabilidad internacional del Estado. A través de un mensaje emitido el 2 de agosto de 2011, el Secretario de la Gobernación dijo “...que ese pronunciamiento da muestra de la clara apertura y transparencia con la que hoy se conduce el gobierno de México...”

(54) En el párr. 58.2, Resolutivo 1 y 2 decidió “...De conformidad con lo señalado en los Considerandos pertinentes de la presente Resolución, se encuentran pendientes de cumplimiento los siguientes puntos resolutivos de la Sentencia: [...] Resuelve: 1. Requerir a los Estados Unidos Mexicanos que adopte todas las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto acatamiento a los puntos pendientes de cumplimiento, señalados en el punto declarativo segundo supra, de conformidad con lo estipulado en el art. 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 2. Solicitar a los Estados Unidos Mexicanos que, a más tardar el 29 de agosto de 2011, presenten un informe detallado sobre las medidas adoptadas para cumplir con las reparaciones ordenadas que se encuentran pendientes de cumplimiento, en los términos establecidos en los Considerandos 7 a 56 de esta Resolución. Posteriormente, el Estado mexicano debe continuar presentando un informe de cumplimiento cada tres meses”.

Rica. Conviene aclarar que para que una decisión del Tribunal en pleno sea obligatoria se requieren ocho votos por lo menos. (55)

En suma, la Suprema Corte de dicho país el 14 de julio de 2011, al analizar el cumplimiento de la sentencia condenatoria de la Corte IDH (Radilla Pacheco), amplió la posibilidad de control por parte de los judicantes. (56)

IV. Conclusiones. Un avance de la Reforma del 1994 y el Control de Convencionalidad

La irrupción de los Tratados sobre Derechos Humanos ha producido una verdadera revolución tanto en el sistema europeo como en el interamericano puesto que la Corte regional con sede en Costa Rica en un desarrollo progresivo ha llegado a la conclusión de que ella debe efectuar aún de oficio (57) una inspección sobre las actividades de los tres poderes del Estado a los efectos de averiguar si en el ámbito doméstico se han violado los Tratados sobre Derechos Humanos. A tal punto que ha condenado a varios países, entre ellos al nuestro (58), por infringir este postulado.

No nos debe pasar inadvertido que, como antes hemos puesto de relieve, el derecho internacional de los derechos humanos es de esencia subsidiaria por lo que la obligación primaria de los jueces y órganos del Estado es efectuar ellos mismos esta revisión de Convencionalidad (control primario) y en su caso descartar o inaplicar las normas internas que infrinjan los pactos internacionales. Y esta tarea no solamente deben llevarla a cabo los jueces sino también el Poder Ejecutivo y a la par el propio Parlamento, que tiene el deber de no dictar preceptos violatorios de los Tratados. (59)

Tal cual vimos la Reforma de 1994 implicó un trascendente avance en el derecho argentino ya que si bien el texto final se apartó en alguna medida de los Dictámenes de la Mayoría y de la Minoría, lo cierto es que su gran mérito ha sido por un lado incorporar a la Carta Magna la cuestión de los Tratados sobre Derechos Humanos, y por otro darle linaje constitucional.

En efecto, el art. 75 inc. 22 —tal cual lo adelantamos— enumera once documentos y les otorga jerarquía constitucional privilegiada, y en su parte final permite la anexión de nuevos instrumentos de esta naturaleza, imponiendo a las Cámaras Legislativas una Mayoría de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara.

El art. 31 de la Carta Magna anterior aludía a los Tratados en general, a su vez el art. 27 disponía que los mismos debían estar en conformidad con los principios del Derecho Público establecidos en la Constitución. Pese a que tales normas que están vigentes (pertenecientes a la Primera Parte de dicha norma fundamental) luego de la reforma de 1994 han sido reinterpretadas de alguna manera, en concordancia con el art. 75 inc. 22 actual y con el 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que no permite invocar ninguna regla nacional para incumplir un Tratado.

La actual redacción modifica sustancialmente el sistema de fuentes del orden público argentino, ya que —a través del art. 75 inc. 22— se incorpora un conjunto de reglas convencionales internacionales que permean en los andariveles del antiguo modelo (PIZZOLO, 2006; 1023), y de esa forma entran en

(55) En efecto la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación menciona tal circunstancia. Con estos guismos el pronunciamiento aludido tiene un gran valor como criterio orientador.

(56) Resolución del 14 de julio de 2011. El engrose se publicó el 4 de octubre de ese año, en el Diario Oficial de la Federación.

(57) Véase Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, supra nota 3, párr. 124. V. Gialdino [2008:1295]; Albar y Cañado Trindade [1998: 584].

(58) Véase Corte IDH, Caso Cantos c. Argentina, Sentencia de 28 de Noviembre de 2002, Serie C No. 97; Corte IDH. Caso Forneron e hija c. Argentina, Sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C No. 242, entre otros.

(59) Véase Corte IDH, Caso Gelman c. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, cit., párr. 46, 59, 95. Ídem HITTERS, Juan Carlos, Un avance en el Control de Convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana, ob. cit.

el torrente jurígeno argentino. Podemos hablar sin ambages de “Tratados constitucionalizados”, o de la “Constitución internacionalizada”.

La Reforma les da identificación propia y una jerarquía suprema. Por ello a partir de entonces nuestro país quedó en mejor posición para poner en marcha en el campo doméstico todo el desarrollo previo sobre la protección de los Derechos Humanos que se había gestado en el ámbito europeo y en particular en el interamericano. En este último sector obligando a los organismos jurisdiccionales a permear la valiosísima jurisprudencia emitida por la Corte IDH y también por la Comisión IDH. (60)

A ello se fue acoplando el formidable instrumento del control de convencionalidad, que permitió —e impuso— a los organismos del Estado a llevar a cabo una “inspección” comparativa entre los Tratados y las normas domésticas a los fines de darle prioridad al derecho internacional de los derechos humanos y a la jurisprudencia de la Corte IDH. (61)

Este contralor —como ya lo pusimos de relieve— debe ser hecho primero por los órganos domésticos (control primario) y luego en caso de que permanezca la inconvencionalidad, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (control secundario). Aunque conviene aclarar que si bien este Tribunal no anula ninguna regla interna, al achacarle la inconvencionalidad, obliga al país a tomar medidas para evitar una condena internacional (arts. 1º.1 y 2 de la CADH).

Conviene repetir que el ámbito del control de convencionalidad se ha ido ampliando progresivamente en la jurisprudencia de la Corte IDH, pues esta tarea no solo corresponde a los judicantes —como antes se decía—, sino a “todas las autoridades públicas y en todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueves y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”. (62)

Para finalizar no será baladí reiterar que el art. 75 inc. 22 y los posteriores Tratados sobre Derechos Humanos a los que nos hemos ido plegando, han producido una valiosa `dilatación´ de la tutela del hombre que se han reafirmado a través del control de convencionalidad. Podemos hablar de “Constitución Internacionalizada”.

La constitucionalización de los Derechos Humanos y la interpretación de los órganos interamericanos ha generado cambios trascendentales en el modelo continental, como por ejemplo la modificación de la Carta Magna de Chile a raíz de la sentencia del caso Olmedo Bustos (63) sobre la libertar de

(60) El ex presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez [2014: 486], siguiendo a Abramovich, (ABRAMOVICH, BOVINO y COURTIS, 2007: 421) destaca las bondades de la Reforma Argentina: “incorporó nuevos derechos y garantías al sistema constitucional; contribuyó a insertar plenamente al país en un sistema de justicia internacional de los derechos humanos, impuso cambios en la administración de justicia, determinó la necesidad de repensar la organización federal, favoreció la creación de una nueva institucionalidad pública encargada de diseñar e implementar políticas de gobierno específicas de derechos humanos; y contribuyó a la consolidación de una disciplina académica que discutió y favoreció la aplicación de esos estándares y principios en los distintos campos del derecho público y privado”.

(61) Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicó esta doctrina —entre otros— en el caso “Videla”. Allí señaló en que “...Concordemente, la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú, del 30 de noviembre de 2007, ha subrayado que los órganos del Poder Judicial debían ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de `convencionalidad´ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. También aclaró que esta función no debía quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implicaba que ese control debía ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos procesales formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones...” (CSJN. Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ recurso de casación. V.281.XLV. 31 de agosto de 2010).

(62) Corte IDH, Caso Gelman c. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia (cit). Véase HITTERS, Juan Carlos, Un avance en el Control de Convencionalidad (cit.).

(63) Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) c. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73.

expresión (art. 13 CADH), y recientemente la reforma de la Constitución Mexicana como consecuencia del fallo de la Corte IDH en el caso Radilla Pacheco (Sentencia del 23 de noviembre de 2009). Allí se condenó a ese país por la violación de varios derechos consignados en la CADH, el Tribunal mandó a reformar el art. 57 del Código de Justicia Militar referente a la imposibilidad de juzgar a los civiles en dicho fuero (párrs. 277 y 300). Y posteriormente, cuando llevó a cabo la Supervisión de Cumplimiento de la Sentencia (Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19/05/2011), insistió en la necesidad de concluir las modificaciones legislativas ordenadas. (64) Tal apertura ha implicado que esa Nación reformara recientemente su propia Carta Magna Nacional (FERRER MAC GREGOR, SILVA GARCÍA, 2009), incluyendo en su artículo 1º la problemática de los Derechos Humanos. A su vez la Suprema Corte de ese país al analizar el pronunciamiento condenatorio, aceptó el control difuso de “constitucionalidad” —que antes era concentrado— y de paso también la inspección difusa de “convencionalidad”. (65)

V. Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor, BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian, 2007. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Buenos Aires: Ed. del Puerto.

ALBAR, Germán y CANÇADO TRINDADE, Antonio, 1998. “Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos”, En: *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Cox Editores, Costa Rica.

DE LA GUARDIA, Ernesto y DELPECH, Marcelo, 1970. “El derecho de los tratados y la Convención de Viena”, EN: *Revista La Ley*, Buenos Aires, pp. 543.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SILVA GARCÍA, Fernando, 2009. *El caso Castañeda Gutman ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: UNAM-Porrúa.

GARCÍA LEMA, Alberto, 2014. “Interpretación de la Constitución reformada y el Proyecto de Código”, En: *Revista La Ley*, Buenos Aires, 2014-C.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, 2014. “La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *ius commune*”, En: Armin Von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi (coords.) *Ius Constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM - Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional - Instituto de Investigaciones Jurídicas.

GIALDINO, Rolando, 2008. “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, En: *Revista La Ley*, Buenos Aires, 2008-C, pp. 1295.

GOZAÍNI, Osvaldo, 2008. “Incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno”, EN: Roberto Berzonce, Juan Carlos Hitters y Eduardo Oteiza (coords.) *El papel de los Tribunales Superiores. Estudios en honor del Dr. Augusto Mario Morello*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, p. 307.

HITTERS, Juan Carlos, 2013. “Un avance en el Control de Convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana”, EN: *Revista La Ley*, Buenos Aires, 2013-C, pp. 1.

— 2008. “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad”, En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, N° 10, noviembre-diciembre 2008, pp. 131-156.

(64) Corte IDH, Caso Radilla Pacheco c. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia (cit.). Resolución de 19 de mayo de 2011, párr. 58. 2. c), dijo allí que el país debía “adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el art. 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (punto resolutivo décimo y Considerandos 20 a 22)”.

(65) De ello resulta —según lo entiendo— que ahora todos los jueces de México deben inspeccionar la compatibilidad de las leyes internas, con las de la CADH en los asuntos en los que están involucrados.

— 2007. “Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales”, En: *Revista La Ley*, Buenos Aires, 2007-C.

HITTERS, Juan Carlos y FAPPIANO, Oscar, 2007-2011. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediar.

HITTERS, Juan Carlos, MARTÍNEZ, TEMPESTA, 1994. “Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos Fundamentos de la Reforma de 1994”, EN: *El Derecho*, Buenos Aires, 31/10/1994.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, 1980. *El derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Editorial Tecnos.

NIKKEN, Pedro, 1987. *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Madrid: IIDH.

PIZZOLO, Calogero, 2006. “La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal”, En: *La Ley*, Buenos Aires, D, pp. 1023.

VI. Otros documentos consultados

Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982, El efecto de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 Y 75). Serie A, Fallos y Opinión N° 2, párr. 29.

Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983, Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4°.2 y 4°.4 CADH), Serie A, Fallos y Opinión N° 3, párr. 62. Sobre la interpretación de los Tratados se dijo también en ese pronunciamiento que juega el principio de la buena fe, y que se deben tener en cuenta criterios objetivos (párrs. 52-52).

Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, Garantías judiciales en estados de emergencia, arts. 27.2°, 85 y 8° de la CADH, Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, julio-diciembre 1987, N° 6, pág. 79.

VII. Jurisprudencia consultada

CIDH, 07/02/2006, Acevedo, Jaramillo y otros c. Perú, Serie C, N° 144.

CIDH, 22/11/2005, Palamara Iribarne c. Chile, Serie C, N° 135.

CIDH, 28/11/2003, Baena Ricardo y otros c. Panamá, Serie C, N° 104.

CIDH, 14/03/2001, Barrios Altos c. Perú, Serie C, N° 75.

CIDH, 26/11/2010, Cabrera, García y Montiel, Flores c. México, Serie C No. 220.

CIDH, 28/11/2002, Cantos c. Argentina, Serie C, N° 97.

CIDH, 26/09/2006, Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile, Serie C, N° 154.

CIDH, 15/09/2005, Caso de la Masacre de Mapiripán c. Colombia, Serie C, N° 13.

CIDH, 27/04/2012, Forneron e hija c. Argentina, Serie C, N° 242.

CIDH, 05/02/2001, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) c. Chile, Serie C, N° 73.

CIDH, 29/11/2006, La Cantuta c. Perú, Serie C, N° 162.

CIDH, 23/11/2009, Radilla Pacheco c. México, Serie C, N° 209.

CIDH, 19/05/2011, Radilla Pacheco c. México, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CSJN, 31/08/2010, Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ recurso de casación. V.281, XLV.

La gestación tras el diagnóstico neurológico de muerte: ¿gestación post mortem?

POR LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO (*)

Sumario: I. El criterio neurológico para la determinación de la muerte: su aceptación. — II. De la inseminación *post mortem* a la gestación *post mortem*. — III.a. ¿Con qué fecha deberá ser certificada la muerte?: III.a.I. La inscripción de la defunción de la madre “incubadora”; III.a.II. Fallecida pero no inhumada: la necesaria postergación de la inhumación o incineración. — III.b. Ineludible condición póstuma del nacido. Filiación *post mortem* materna. — III.c. Efectos sucesorios: III.c.I. ¿Cuándo se abre la sucesión?; III.c.II. ¿Suspensión de la partición o reserva de la cuota hereditaria? — IV. Consideraciones *ad finem*. — V. Bibliografía. — VI. Otros documentos consultados.

“Los huesos de los muertos, pueden más que las carnes de los vivos.” Gabriela Mistral.

Resumen: La aplicación del criterio neurológico de muerte en la gestante genera interesantes dilemas éticos y jurídicos. Con independencia de que en tales circunstancias se considere oportuno mantener el cadáver de la progenitora como reservorio natural del feto hasta obtener la viabilidad de este (madre incubadora), nada priva que sea certificada la muerte en el momento en que se diagnostica y con ello su respectiva inscripción en el registro civil con los efectos que en el orden filiatorio y sucesorio conlleva.

Palabras clave: Criterio neurológico de muerte, gestación *post mortem*, sucesión, filiación.

THE GESTATION AFTER THE NEUROLOGICAL DIAGNOSIS OF DEATH: POST MORTEM GESTATION?

Abstract: Application of the neurological criterion of death to the expectant mother raises significant ethical and legal dilemmas. Regardless of whether it is appropriate or not, under such conditions, to keep the body of the pregnant mother as the foetus' natural environment until the foetus reaches his viability; nothing prevents that the death of the mother is certified at the time in which the death has been diagnosed and, with it, the certificate's registration in the civil registry for it to yield all effects in inheritance and filiation matters.

Keywords: Neurological criterion of death, post mortem pregnancy, succession, filiation.

I. El criterio neurológico para la determinación de la muerte: su aceptación

El año de 1968 marcó un hito importante en la historia contemporánea de la humanidad, y no solo por la guerra en Vietnam y lo que ello significó en la sociedad norteamericana. En el campo de las ciencias médicas en ese propio año la Universidad de Harvard da a conocer, no solo a la comunidad científica, los llamados Criterios Harvard sobre el diagnóstico de muerte cerebral, estableciendo un protocolo para su diagnóstico. Como apunta Requena-Meana, “A partir de entonces este término entró a formar parte tanto del vocabulario científico-médico, como del lenguaje común” (RAQUENA-

(*) Profesor titular de Derecho Civil y Derecho Notarial. Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Cuba. Notario.

MEANA, 2009: 133). El término “muerte cerebral” ha sido calificado de poco feliz o impreciso en el orden técnico. En tal sentido, coincido con el mencionado autor en que la llamada muerte cerebral “Se trata (...) de un procedimiento diagnóstico que incluye sobre todo la observación de algunos signos clínicos a los que pueden asociarse, según los casos, algunas pruebas complementarias (electrofisiológicas, ecográficas o de imagen), como el EEG, la angiografía, entre otras” (Ibídem, 130). Y en tal sentido, debe descartarse que “No es una nueva definición de muerte a la que se llega a través de un proceso deductivo”, ni tampoco “... un estado patológico muy grave, como lo puedan ser el coma profundo, el estado vegetativo, o algunos síndromes neurológicos” (Ibídem, 130).

Para un certero diagnóstico neurológico de muerte resulta necesario: *a)* conocer la causa de la lesión encefálica; *b)* descartar los trastornos que pudieran simular la muerte encefálica (condiciones hemodinámicas, metabólicas, farmacológicas y tóxicas actuales o relativamente recientes) y *c)* efectuar una exploración neurológica reglada. De ahí que se habla, no sin razón de que “el criterio neurológico corresponde a una situación fisiopatológica más evolucionada respecto al criterio cardio-respiratorio ya que (...) el daño encefálico es posterior a la parada cardiaca” (Ibídem, 131) y su determinación solo es posible en situaciones especiales, en las unidades de cuidados intensivos. Es un criterio de determinación instrumental de la muerte, razón por la cual no cualquier médico puede realizarlo, exigiéndose al efecto determinadas especialidades de la medicina. (1)

Como se ha sostenido en una importante *Declaración de Neurólogos*, publicada por la Pontificia Academia Scientiarum de la Ciudad del Vaticano en el 2008, “El concepto de muerte cerebral no intenta sugerir que existe más de una forma de muerte. Más bien, esta terminología específica hace referencia a una condición especial que, dentro de una secuencia de sucesos, constituye la muerte de una persona. Así pues, la muerte cerebral es el cese irreversible de toda actividad cerebral vital (de los hemisferios cerebrales y el tallo cerebral). Esto implica la pérdida irreversible de función de las células cerebrales y su destrucción total o casi total. El cerebro está muerto y el funcionamiento de los otros órganos se mantiene directa e indirectamente por medios artificiales. Esta condición se debe única y exclusivamente al uso de técnicas médicas modernas y, salvo en raras excepciones, solo puede mantenerse por tiempo limitado. La tecnología puede preservar los órganos de una persona muerta (debidamente declarada muerta según los criterios neurológicos) durante un lapso de tiempo, por lo general de horas a días, rara vez más tiempo. No obstante, esa persona está muerta” (2008: 138).

(1) De ahí que la mayoría de las legislaciones exija la presencia de más de un médico, con especialidad en cuidados intensivos, neurología, neurocirugía, medicina interna y otras afines. A modo de ejemplo: en Argentina, la certificación del fallecimiento deberá ser suscripta por dos médicos, entre los que figurará por lo menos un neurólogo o neurocirujano. En Chile lo hará un equipo de médicos, uno de cuyos integrantes, al menos, deberá desempeñarse en el campo de la neurología o neurocirugía. En Colombia el diagnóstico de muerte deberá hacerse por dos o más médicos no interdependientes, uno de los cuales deberá tener la condición de especialista en ciencias neurológicas. En Costa Rica el certificado de defunción lo suscribirán tres médicos del hospital en donde falleció el paciente, entre los cuales deberán, necesariamente, figurar un neurólogo o un neurocirujano y el jefe del servicio hospitalario o su sustituto. En Honduras el certificado de defunción será suscrito por un neurólogo y neurocirujano, un cardiólogo y un internista; este último podrá sustituirse por el médico que hubiere tratado al paciente durante su última enfermedad. En Panamá, el diagnóstico de muerte encefálica deberá ser constatado por dos o más médicos no interdependientes, quienes deberán ser especialistas idóneos en neurología, neurocirugía, medicina interna, medicina crítica o urgenciología. En Paraguay la certificación de la muerte cerebral deberá ser suscripta por dos médicos, entre los que figurará por lo menos un neurólogo o neurocirujano. En República Dominicana el certificado de defunción basado en la comprobación de la muerte cerebral será suscrito por tres médicos, entre los que deberán figurar un neurólogo o neurocirujano y el jefe del servicio de la unidad médica correspondiente o su sustituto. En Venezuela el diagnóstico lo hace un equipo médico especializado y la certificación la firman tres médicos. En España el certificado de defunción será suscrito por tres médicos, entre los que deberán figurar, un neurólogo o neurocirujano y el jefe del servicio de la unidad médica correspondiente, o su sustituto. En Cuba el diagnóstico neurológico corre a cargo de una comisión de especialistas designados por resolución del director de cada una de las instituciones acreditadas.

II. De la inseminación *postmortem* a la gestación *postmortem*

La posibilidad del nacimiento después de la muerte de los progenitores o de alguno de los progenitores ha sido estudiado con detenimiento por la doctrina científica sobre todo a raíz de la promulgación de normas jurídicas como la ley de reproducción humana asistida de España, de 1988, que en su artículo 9 permitió la posibilidad de la inseminación de la esposa con semen del marido fallecido, previa autorización de este conforme con las pautas formales que dicha ley exigió, luego ratificado en el 2006 con la hoy vigente ley sobre la materia. Y me refiero a España por ser uno de los pocos ordenamientos jurídicos que admiten la aplicación de la inseminación artificial, tras el fallecimiento del progenitor masculino. (2)

El dilema ético que ello supone ha sido el principal obstáculo para su admisión en otros ordenamientos legales. Si bien hoy se abren nuevos senderos. La orfandad a la que es llevado el hijo, por determinación propia de su progenitora ha sido razón suficiente para que se objete esta manera de constituir una familia, aun cuando el progenitor lo haya expresado así en documento público o privado. La anteposición de los intereses de los progenitores sobre los del hijo han sido condenados por psicólogos, juristas, médicos, filósofos, quienes consideran que no hay intereses dignos de tutelar, frente a la situación que se le impone al hijo de venir al mundo sin la presencia de un progenitor que de antemano se sabe que ha fallecido al momento de la concepción. En tal sentido se aduce la instrumentalización del hijo, y la tergiversación de los fines de las técnicas de reproducción humana asistida, esencialmente terapéuticos (PÉREZ GALLARDO, 2007).

Sostiene Ferrer, en el Derecho argentino, que “La fecundación *post mortem* es una de las manifestaciones del derecho absoluto a tener un hijo, con prescindencia de los derechos de éste, y por eso esta técnica se valora negativamente desde la perspectiva ética. La responsabilidad paterna por la crianza y educación del hijo está ausente: el ejercicio de la paternidad se abandona anticipadamente y se delega a la madre. El deseo de perpetuarse del hombre que va a morir, prevalece en estos casos sobre el derecho del hijo a tener un padre” (FERRER, 2013). (3)

Para aquellos ordenamientos jurídicos —los menos—, que han admitido su regulación, la figura del *concepturus* tiene su propia entidad jurídica, con una protección legal que vas más allá, en el orden patrimonial, de la protección sucesoria.

Empero, la inseminación *post mortem* supone un hijo concebido tras el fallecimiento de su progenitor, según la voluntad de ambos, la del fallecido corporificada en un documento legal, y la *supérstite* expresada de modo tácito en el hecho mismo de su sometimiento al tratamiento de la inseminación artificial con los riesgos psíquicos y físicos que lleva implícita.

En otro orden, la situación que motiva estas páginas se suscita de modo eventual y no intencionado, cuando en el transcurso de un embarazo, a la progenitora se le diagnostica, según criterio neurológico, su fallecimiento. La naturaleza *post mortem*, se debe sin dudas a que la gestación se prologa, gracias a medios de sostén artificial, más allá del fallecimiento de la grávida, sin que exista ningún resquicio de intencionalidad, ni siquiera de previsibilidad en la portadora del feto, de ahí las marcadas diferencias entre una y otra.

El dilema ético que la situación comporta es la delimitación conceptual de la muerte, y la posibilidad hoy día, tecnológica, de continuar con el soporte artificial de vida que permita prolongar el desarrollo fetal, de modo que facilite la vida intrauterina del feto, para que el desarrollo y maduración de sus órganos le permita una situación compatible con la vida. O sea, ¿es lícito y ético que se continúen

(2) En efecto, la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos que han regulado el tema han sido contrarios a su recepción.

(3) Con similar criterio en el Derecho peruano se pronuncia el profesor VELARDE MORANTE, Ricardo (2009) ante las posibles reformas que en el 2006 se pretendían hacer al Código Civil del Perú, entre las cuales apuntaba la posibilidad de admisión de la inseminación *post mortem*.

utilizando medios artificiales para sostener la vida del feto en el vientre de su madre que actúa a modo de incubadora biológica?

Las noticias que se publican hoy en internet dan cuenta de casos reales en los que los médicos han tenido que vencer este desafío ético con innegables implicaciones jurídicas.

El último día de 1999, nació en el Hospital de Gijón el niño Luis Manuel Lorenzo Mesa, hijo de Milagros Lorenzo Mesa, de 34 años, natural de Luanco (Asturias). La madre permaneció en situación de muerte encefálica durante las últimas seis semanas de gestación. ¡Salven a mi hijo!, fue la última voluntad de Milagros al ingresar en el Hospital de Cabueñes, aún consciente, aquejada de una infección generalizada de la sangre, fallo respiratorio, grave problema cardíaco y deterioro neurológico progresivo. El 13 de noviembre de 1999 entró definitivamente en fase de muerte cerebral. Desde entonces el equipo médico mantuvo las constantes vitales de Milagros de forma artificial para salvar a su hijo (RODRÍGUEZ RAMOS, 2002).

También en Italia se dio un caso similar. En el hospital milanés de Niguarda nació el 8 de junio de 2006 una niña que midió al nacer 25 centímetros y pesó 713 gramos tras el parto por cesárea a las 29 semanas de gestación. Su madre estaba en situación de muerte cerebral, según los datos recogidos por el diario italiano *La Stampa*. Después de la cesárea, se procedió a la extracción de órganos de la madre para su donación. Italiana de 38 años, la madre del bebé llevaba 78 días ingresada, clínicamente muerta, por la rotura de un aneurisma cerebral. Fue mantenida en condiciones de equilibrio circulatorio para permitir que prosiguiera la gestación de la niña de entonces 17 semanas, una edad muy corta para hacerla nacer, pero suficiente para tener esperanzas en que el embarazo prosiguiera.

El 12 de mayo de 2012 la agencia EP/AP daba la noticia de que en Michigan, Estados Unidos, una mujer con muerte cerebral, embarazada de mellizos, había podido alumbrar a sus hijos, de manera prematura en un hospital de esa ciudad. A pesar de la delicada condición de la madre, los pequeños Nicholas y Alexander lograron nacer el 5 de abril de 2012, quienes dado su prematuridad tuvieron que estar un tiempo en incubadoras. Christine Bolden, de 26 años, fue hospitalizada un mes antes del alumbramiento a causa de aneurismas cerebrales. Los doctores buscaron mantenerla con vida con un pulmón artificial hasta que sus bebés cumplieran al menos 24 semanas. Tras ese periodo fue posible practicar una cesárea.

Y en fecha aún más reciente (julio de 2013) el diario español *El mundo* nos informa que en el centro médico de la Universidad de Debrecen, en Hungría, nació por cesárea, una niña, que pesó 1420 gramos, en la semana 27 de gestación, tres meses después de que su madre fuera declarada con muerte según criterio neurológico, como consecuencia de un derrame cerebral, cuando solo tenía quince semanas de embarazo. (4)

La primera interrogante que salta a la vista es la necesidad de precisar el momento de la muerte. Aun cuando existe casi consenso de que la muerte encefálica supone la cesación de la vida de una persona, la estrecha vinculación, incluso histórica, de la necesidad de definir legalmente la muerte con la ablación e implante de órganos ha llevado a que un cierto sector de la doctrina sostenga la tesis de que el diagnóstico de muerte encefálica está condicionado a la utilizabilidad de los órganos para un ulterior trasplante.

La propia literatura científica consultada mueve a la equivocidad cuando se dan reportes de casos de diagnóstico de muerte encefálica en la grávida. En principio, se trata de una situación excepcional, según un estudio de caso publicado por G. F. Hurtado Torres, M. Zarazúa Juárez, R. L. Sandoval

(4) Es interesante lo que se expresa en la noticia de lo importante que resultó el acercamiento de familiares y enfermeras con el feto, con el cual, a partir de la semana 20 de gestación, mantenían con carácter diario comunicación. Las enfermeras llamaban al feto por su nombre y la familia visitaba tres veces a la semana el cuerpo (cadáver) de la madre, portador del feto. El padre y la abuela acariciaban el vientre y hablaban con el nasciturus, incluso se mantenía encendida la radio todo el día en la habitación del hospital para que el feto pudiera escuchar siempre voces humanas y música, dada la peculiar situación en la que se encontraba en un cuerpo materno sin vida.

Munro y M. Mendoza Huerta, médicos de varios centros hospitalarios, en San Luis de Potosí, México. Al decir de los galenos “Existen en la literatura 11 informes sobre 10 casos de muerte cerebral en embarazadas (...) en los cuales fue posible lograr la sobrevivencia del producto, con períodos de sostén a la madre y al producto desde 36 horas hasta 107 días; edades gestacionales entre 15 y 30 semanas al momento del inicio de apoyo y de 26 a 32 semanas al momento de obtener el producto. De los 10 casos informados se obtuvo donación de órganos en dos. Se ha establecido una edad gestacional de 24 a 26 semanas como mínimo para considerar viabilidad extrauterina del producto” (HURTADO TORRES y otros, 2007: 504). Sin embargo, cuando se lee con detenimiento los estudios de casos, en ocasiones no queda bien delimitada la situación que desde el punto de vista médico acontece, tras el diagnóstico de muerte encefálica, aun cuando se trate de una grávida. Llama la atención en este estudio que los autores enfatizan en que se trata de un “caso de una mujer embarazada con diagnóstico de muerte cerebral” (Ibídem, 203), y hablan de “paciente” (Ibídem, 204) respecto de lo que ya debe ser catalogado como cadáver, en tanto se ha diagnosticado la muerte cerebral. Similar tratamiento de pacientes, a las grávidas que se mantienen con soporte artificial, puede constatarse en el estudio de un caso que hacen varios médicos de distintos centros hospitalarios de Buenos Aires (MEJÍA y otros, 2008: 447-452).

El primer dilema se presenta en torno a si es ético mantener a un cadáver conectado a un ventilador artificial con el propósito del alumbramiento. Se puede vislumbrar una posición en extremo utilitarista, el cuerpo de la grávida, clínicamente muerto, es el mejor reservorio para que el producto de la concepción llegue al nacimiento. La literatura médica describe el procedimiento a seguir para sostener ese cuerpo a través esencialmente de la nutrición enteral y parenteral y los riesgos que no obstante, la muerte encefálica de la madre le puede provocar al feto. (5)

La Iglesia Católica, a través de su portavoz, Monseñor SGRECCIA, Presidente de la Academia para la Vida, dijo en su momento, a raíz del caso italiano, ya referenciado que: “Salvar a la niña ha sido un acto no solo éticamente lícito, sino necesario (...) No se podía actuar de otra manera, ni desde el punto de vista científico ni moral”. Habría sido encarnizamiento terapéutico “si no hubiera habido una vida que podía ser salvada”, puntualizó en declaraciones al diario italiano *La Stampa*.

Pero “se ha aplicado una práctica bien conocida y justificada en los manuales de ética: el organismo materno y el niño es como si fueran una única entidad”. “No podemos más que expresar aprecio por el embarazo llevado a término por una madre en estado de muerte cerebral. La madre estaba ingresada por aneurisma” “desde hace más de dos meses y la pequeña ha nacido a la semana 29ª” de gestación; “desde el momento del ingreso las condiciones de la paciente eran desesperadas”, explica el prelado italiano. “En ese punto la cuestión prioritaria pasó a ser la supervivencia de la niña. Y, en efecto, día tras día los médicos controlaron las condiciones de salud de la niña y practicaron la asistencia necesaria con el objeto de superar la semana 29ª de embarazo para minimizar el riesgo de sufrimiento fetal”, prosiguió. “Sin sombra de dudas las conclusiones de científicos y expertos en moral coinciden —subraya—. La posibilidad de salvar al bebé imponía que se continuara con la asistencia mecánica

(5) Los médicos expresan que lo primero que hay analizar al diagnosticar la muerte encefálica en una grávida es sobre la necesidad o conveniencia de mantener el apoyo vital y somático a la madre con fines de alcanzar la edad gestacional que permita la viabilidad extrauterina del producto. Dentro de las medidas de apoyo somático se deben de considerar los cambios en las variables fisiológicas maternas derivadas de la gestación, las impuestas por las alteraciones neurológicas de la muerte cerebral y las necesidades específicas del feto y la placenta. Resulta intuitiva la necesidad de mantener aportes de micronutrientes para preservar la funcionalidad bioquímica, así como de macronutrientes con fines energéticos y como elementos de acreción tisular previniendo los efectos deletéreos sobre el crecimiento y desarrollo fetal, secundarias a deficiencias nutricionales. Así lo dejan dicho HURTADO TORRES, G. F., M. ZARAZÚA JUÁREZ, R. L. SANDOVAL MUNRO y M. MENDOZA HUERTA, “Apoyo nutricional en...”, cit., tras su revisión bibliográfica sobre el tema. La expresión “soporte orgánico o somático”, según refiere el Dr. Merlin Pérez, supone el conjunto de medidas no neurológicas que operan sobre el cuerpo de la grávida, ya fallecida, para mejorar el resultado fetal. En tal sentido, se recomienda un soporte nutricional agresivo para superar consecuencias adversas sobre el feto, utilizar nutrición enteral y parenteral y un cálculo adecuado de las necesidades energéticas, basado en la fórmula Harrison-Benedict. (MERLIN PÉREZ, 2013).

de la madre". Y justifica esta práctica médica "si no hubiera sido posible salvar al bebé habría sido encarnizamiento terapéutico" "precisamente la edad gestacional. Entre la madre y el bebé existe una unidad simbiótica que hace indispensable la prosecución de los tratamientos médicos. Detener las máquinas equivalía a condenar a muerte al bebé", por lo que "hizo bien el equipo sanitario en proceder de esta forma hasta la cesárea". Así que el caso carece de elementos contradictorios con cuanto enseña la Iglesia: "no estamos en presencia de encarnizamiento terapéutico ni tratamientos desproporcionados", confirmó monseñor Sgreccia. "Frente a la posibilidad de salvar al bebé, no se podía dejar de mantener con vida artificialmente a la madre sin que al mismo tiempo se impidiera al bebé ver la luz"; "La vida, la vida de los hombres y de las mujeres, de los niños, de los ancianos, no es un valor que afecte sólo a los creyentes. Es precisamente la razón la que lo reconoce. Ciencia y ética en casos de este tipo nos sugieren el mismo comportamiento que hay que mantener", concluyó.

Ciertamente, la existencia de una vida intrauterina justifica la posibilidad de mantener con un soporte artificial de vida a la grávida, ya fallecida. Desconectar el cadáver comportaría impedir que el feto nazca y precisamente la medicina tiene por cometido salvar vidas humanas. Una vida intrauterina es una vida, aun cuando una buena parte de los ordenamientos jurídicos no le reconozcan como persona. El noble propósito que lleva al personal médico a actuar de esa manera justifica éticamente tal comportamiento. No obstante, hay voces que exigen que en tales circunstancias se debería contar con el asentimiento de la grávida, empero la excepcionalidad de la situación hace poco probable que ésta en vida haya expresado cómo actuar, por lo que *in dubio pro vitae*. Hacer depender la vida del *nasciturus* de un requerimiento formal lo creo insostenible. El Derecho no puede erigirse en una barrera burocrática que impida la actuación de los médicos. Procedería a mi juicio, con oposición, incluso, de los familiares más cercanos, lo cual considero, ciertamente, poco probable.

Ahora bien, el mayor dilema ético se presenta cuando no es posible sostener económicamente el costo de la mantención de ese soporte artificial de vida de la grávida por el tiempo que resta por transcurrir hasta lograr la maduración fetal. En tales circunstancias, ¿es ético y legal desconectar el cadáver, a sabiendas de que con ello se pondrá fin a la vida intrauterina que lleva dentro, sin importar además la edad gestacional? ¿Quién debe asumir los costos cuando se trate de clínicas privadas? Estas interrogantes ya se las había formulado antes el autor mexicano Jaramillo-Magaña, quien alerta sobre la utilización de los humanos en investigaciones médicas, concretamente en supuestos de neomortuos, si bien el propio autor en su estudio incurre en la misma imprecisión terminológica, en que incurren la mayoría de la literatura médica de hablar de seres humanos con muerte encefálica, en vez de cadáveres (JARAMILLO MAGAÑA, 1993: 137-139).

III.a. ¿Con qué fecha deberá ser certificada la muerte?

Amén de las implicaciones éticas, en el área de las ciencias jurídicas la determinación del momento exacto tiene trascendencia indiscutible. Al menos en el Derecho cubano, tras la entrada en vigor de la Resolución 90/2001 queda claro en su apartado cuarto que:

"La certificación de la muerte corresponde a quien la diagnostica y, evaluado el caso, procederá a expedir el certificado de defunción, y se consignará como la hora del fallecimiento aquella que de conformidad con sus conocimientos científicos coincida con el establecimiento de los signos constatados".

Para ello han de tenerse en cuenta los criterios clínicos que establecen los signos ciertos de la muerte, establecidos en la propia resolución, por vía de anexo. Por este motivo, ha de certificarse la muerte de la grávida al tener certeza la comisión de médicos que la evalúa, según criterio neurológico. Este ha sido un tema recurrido en el Derecho comparado, esencialmente porque el criterio neurológico de muerte ha estado tan conectado con los trasplantes de órganos que su impulso científico estuvo motivado por la necesidad de obtener órganos a tiempo, siempre que el diagnóstico de muerte se hiciera justo al comprobarse el cese irreversible de las funciones encefálicas. Tal particular ha motivado que los legisladores vincularan la regulación de este criterio de muerte con los trasplantes en un

mismo cuerpo legal (6), lo que ha hecho pensar a los intérpretes del Derecho que la aplicación del criterio neurológico tiene un marcado carácter utilitarista, pues a ese solo fin puede ser diagnosticada la muerte de una persona, de modo que si no es un dador potencial de órganos, habría que esperar la muerte del individuo, según criterio cardio-respiratorio, dilación que no dable practicar en ningún ordenamiento jurídico, pues la determinación de la muerte ha de ser uniforme, basada en criterios objetivos, científicamente demostrados y aplicables a toda persona. No debe haber margen para la duda, el error o la incerteza. Tras la determinación y consecuente certificación de la muerte, el Derecho da riendas a un sinnúmero de efectos que irradian todos los campos de las ciencias jurídicas y, en primer orden, del Derecho Civil.

Sobre este tema, el profesor Rodríguez Ramos, de la Universidad de Córdoba, España, nos pone en alerta. En su interesante estudio apunta que “De ordinario, la práctica médica sólo certifica la defunción de una persona cuando además de diagnosticarle muerte cerebral, le desaparece todo signo de homeostasis. Siendo así, hasta el cese de toda actividad orgánica no hay muerte, de manera que pudiera darse ‘la pesadilla de hospitales hacinados de vivos sin conciencia’” (RODRÍGUEZ RAMOS, 262). Y no se trata de vivos sin conciencia, sino de muertos, en tanto ha sido constatado ya el cese irreversible de la función encefálica. A raíz del caso suscitado en España, a finales de 1999, también referenciado en esta oportunidad, el docente se formula infinidad de interrogantes, que siguen en pie. Por eso, le asiste razón cuando pone en entredicho este incorrecto proceder de la práctica médica. “Si la llamada ‘muerte’ cerebral arrastra irremisiblemente consigo la muerte orgánica del individuo, ambas deberían caminar de la mano. Como norma, la una desembocará en la otra sin remisión, y cuando esto ocurra, más temprano que tarde, se certifica la defunción de la persona. Pero la cuestión se hace harto discutible cuando concurren circunstancias especiales que ‘legitimen’ una dilación artificial del proceso natural de la muerte (...) como en el caso de la madre ‘muerta’ de Cabueñes. O incluso cuando tales circunstancias legitimadoras no concurren, y la prolongación de la vida orgánica, además de artificial, resulta artificiosa. De nuevo se abren las puertas al peor enemigo del Derecho: la incertidumbre” (Ibídem, 262).

No me caben dudas que en tales circunstancias los médicos tienen que hacer coincidir el momento del diagnóstico con el del fallecimiento. Por fortuna, como apunta el Dr. Machado Curbelo, Presidente de la comisión nacional sobre la determinación y certificación de la muerte en Cuba, y principal artífice de la redacción de la norma que le regula, a diferencia de la mayoría de las legislaciones “...esta resolución no regula la determinación de la muerte, o la ME, vinculadas con los trasplantes de órganos, ya que en realidad no se menciona la palabra ‘trasplantes’ en ningún párrafo de la resolución” (MACHADO CURBELO, 2003). En consecuencia, en un supuesto de diagnóstico de muerte encefálica en una grávida, corresponde a la comisión designada en el centro hospitalario para su determinación, la consecuente certificación de defunción, aunque el cadáver siga funcionando como reservorio de esa vida intrauterina. “Del mismo modo que en tiempos de Copérnico y Galileo era difícil para el sentido común aceptar que la tierra no era estática, hoy resulta difícil para muchas personas aceptar que un cuerpo con un corazón que bombea sangre y con pulso está ‘muerto’ y es, por lo tanto, un cadáver: la ‘muerte con corazón latiente’ parece desafiar las percepciones que nos dicta nuestro sen-

(6) Posición que han adoptado la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Precisamente las normas reguladoras de los trasplantes de órganos reconocen el criterio neurológico como presupuesto para la ablación de órganos, dadas las condiciones de homeostasia en que se mantiene el cadáver, preparado a tal fin para lograr dicha ablación. Así, los artículos 24 y 25 de la Ley 24193 de 1993 de la Argentina, el artículo 3° de la Ley 9434 de 1997 de Brasil, el artículo 11 de la Ley 19451 de 1996 de Chile, el artículo 12 del Decreto 2493 de 2004 de Colombia, el artículo 5° de la Ley 30 de 1979 de España, el artículo 128.f) del Decreto 955 de El Salvador, los artículos 26 y 27 del Decreto 91 de 1996 de Guatemala, los Artículos 13 y 16 del Decreto 131 de 1996 de Honduras, el artículo 343 de la Ley General de Salud de México, los artículos 11 y 12 de la Ley 3 de 2010 de Panamá, el artículo 22 de la Ley 1248 de 1996 de Paraguay, el artículo 3° de la Ley 28189 de 2004 y el artículo 3° del Decreto 014-2005-SA de Perú, el artículo 18 de la Ley 329 de 1998, de República Dominicana, el artículo 7° de la Ley 14005 de 1971 de Uruguay, el artículo 25 de la Ley de 2011 de Venezuela. En todos dichos cuerpos legales, relativos a los trasplantes de órganos se hace alusión al criterio neurológico de muerte.

tido común. Esto se debe en parte a que el cerebro muerto, al igual que la Tierra en movimiento, no puede verse, conceptualizarse o experimentarse a simple vista. No es en absoluto fácil para el hombre común aceptar como muerte un estado con apariencia de sueño profundo con un corazón que late y con la presencia de actividad electrocardiográfica. Como el uso de la tecnología médica está tan generalizado, es difícil comprender que el respirador artificial es un intermediario indispensable para mantener ese estado” (*Declaración de Neurólogos*, 40).

Apunta Requena-Meana —con toda razón—, al hacer un análisis crítico del criterio neurológico de muerte que uno de los ejes más polémicos del tema “está en relación con la posibilidad de mantener una cierta integración corporal de tipo artificial, o sea, la capacidad de mantener un cadáver con latido cardíaco y funcionamiento de otros sistemas, desde el exterior. Esto es lo que se intenta hacer en los casos en que a una mujer embarazada, que ha sufrido una hemorragia cerebral, u otra patología similar, se le diagnostica la muerte con el criterio neurológico. En la mayoría de los casos no es posible mantener dicha integración hasta el momento en el que el feto sea viable, aunque se hayan descrito algunos (muy pocos) casos en los que se consiguió la supervivencia del feto (...). En todo caso, esta posibilidad de mantener desde el exterior una cierta integración no supone a nivel teórico una prueba de la vitalidad de ese cuerpo” (REQUENA-MEANA, 2009:134). Sin embargo, esa claridad conceptual del autor, no siempre está a prueba de fuego, pues el diagnóstico neurológico de muerte no se suele hacer coincidir en el orden legal, con su certificación.

No comparto la tesis de que la certificación de la muerte sea expedida en fecha posterior, dándole carácter retroactivo para hacerla coincidir con el momento en que los médicos la diagnosticaron, pues entretanto cuál es el status de la grávida. Resulta una contradicción mantenerla legalmente viva pues eso llevaría a una ilusión óptica de su status legal. No puede entenderse viva, pues tendría personalidad y capacidad jurídica, con la adquisición de derechos, insostenible con el diagnóstico de muerte, ya expresado por el equipo médico. El Derecho no puede jugar con conceptos antojadizos y criterios acomodaticios a intereses personales. Como apunta el profesor cordobés la incerteza es el peor enemigo del Derecho. Diagnosticado el fallecimiento, corresponde la expedición de la certificación de defunción con su correspondiente inscripción registral. Claro, resulta morboso que alguien cuyo corazón late y respira sobre la base de un ventilador artificial lleve días de haberse certificado e inscripto su defunción. Pero no caben dudas de que la grávida en muerte cerebral no es otra cosa que un cadáver, por más que no cueste, eso sí con las especiales atenciones que clínicamente hay que tener para que el nacimiento del feto con vida que aún está dentro de ella, llegue a buen fin, gracias a la tecnología y los cuidados médicos. Coincido en tal sentido con el ya citado profesor cordobés en que “la muerte cerebral es el criterio jurídicamente más acertado para fijar el final de la personalidad. Y siendo así, comprobada la muerte cerebral el sujeto está muerto, es ya cadáver. De otra forma a los médicos, a los jueces, ¡a los parientes! se les otorga una potestad exorbitante: decidir sobre la apertura de la sucesión, sobre el fin de un matrimonio, del régimen económico conyugal...” (RODRÍGUEZ RAMOS, 263).

III.a.I. La inscripción de la defunción de la madre “incubadora”

Reitero, no se trata de una mera certificación, sin más, el hecho de la muerte requiere de publicidad y ello solo se alcanza a través de los fines que colma en una sociedad, los registros públicos, y en especial el referente al estado civil de las personas. (7) *Ergo*, como imponen los artículos 3º (con alcance

(7) Así lo ha dejado dicho nuestra Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en algunas de sus sentencias: “... la publicidad es la acción o actividad encaminada a hacer que un hecho, acto o derecho sea conocido de forma manifiesta o notoriamente por todos, siendo por tanto, la vía registral la forma fundamental de realizar la publicidad (...)” Sentencia ¿ 751 de 25 de noviembre del 2005, segundo Considerando, ponente Acosta Ricart; “... la misión del Registro Civil, desde su creación, es garantizar la inscripción de los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas (...)” Sentencia ¿ 567 de 31 de agosto del 2006, primer Considerando, primera sentencia, ponente Carrasco Casi; “... el Registro Civil es la institución pública a través de la cual el Estado garantiza la inscripción, y por tanto sus certificaciones gozan de eficacia plena, y para desvirtuar lo asentado en el señalado registro tiene que ser mediante la correspondiente impugnación y procedimiento establecido para el caso, de lo

general), y del 74 al 78 de nuestra Ley del Registro del Estado Civil (en particular para las defunciones), el hecho jurídico de la muerte no solo ha de ser diagnosticado y certificado, sino también inscripto, precisamente teniéndose como principal fuente de dicho asiento, la certificación que a tales fines expide el médico según dicta el inciso a) del mencionado artículo 74. (8)

Lo que vengo diciendo pudiera resultar extremadamente morboso. Estoy convencido que en los casos en que se ha diagnosticado la muerte, según criterio neurológico, en grávidas, ni siquiera se ha certificado esta. En el caso español, el profesor Rodríguez Ramos dirige una dura crítica al insólito comportamiento de certificar la muerte después de haberse practicado una cesárea que a todas luces era *post mortem*. Había un consenso de que la grávida estaba muerta, pero legalmente se le dilató la “vida” (RODRÍGUEZ RAMOS, 216).

No creo que haya inconveniente incluso en practicar la inscripción de defunción. (9) Por duro que parezca, quien lleva en el vientre al feto no es una persona jurídicamente hablando, aunque merezca todo el respeto que un cadáver tiene. Un cadáver, con la peculiaridad de que su destino final estará supeditado al nacimiento del feto. Y no lo digo solo por vehemencia intelectual. La citada *Declaración de Neurólogos* a la que hecho referencia deja explícito que: “Se han llevado embarazos a término en madres con muerte cerebral. Estos casos son excepcionales y no implican condiciones potencialmente reversibles diferentes de la muerte cerebral. El útero y otros órganos de la madre se mantienen como un vehículo técnico para el embarazo del mismo modo en que el corazón o los riñones se mantienen perfundidos” (2008: 42-43). Una cuestión es que se practique el asiento de inscripción de la defunción y otra, muy distinta, que se dilate por supuesto el momento de incineración o inhumación del cadáver, según el destino propuesto por la propia persona en vida, o por su deudos o familiares más propincuos.

La defunción ha de inscribirse bajo el principio de inmediatez, esto es, antes de que transcurran 24 horas del fallecimiento (*vid.* artículo 75, último párrafo, de la Ley del Registro del Estado Civil (LREC) y artículo 61 del Reglamento general sobre manipulación de cadáveres y restos óseos) a excepción de los supuestos de catástrofes naturales, acciones bélicas, cumplimiento de misiones internacionales, casos para los cuales el artículo 8º de la LREC, dado el entorno en que tuvo lugar el deceso, no establece plazo alguno. Igual tratamiento merecen los casos en que así se dispone por mandamiento judicial, en los que hay que estar a las results de las investigaciones sobre el cadáver, lo cual puede dilatar el proceso de inhumación. En tal sentido, quizás por cuestiones éticas pudiera enarbolarse la tesis de inscribir la defunción cuando se desconecte el cadáver, en el caso que venimos estudiando, tras la práctica de la cesárea *post mortem*, unido a la extracción de órganos y tejidos, cuando así se haya dispuesto en vida, o supletoriamente lo determinen los familiares que la ley legitima a tal fin. Pero se trataría de un puritanismo nada adecuado a estos tiempos, pues tratándose de una gestación *post mortem*, precisamente la certificación de defunción sería el medio idóneo en Derecho para acreditar la muerte, no siendo suficiente la certificación expedida por los médicos. Es un absurdo además no cumplir con el principio de inmediatez en la práctica del asiento de inscripción registral cuan-

contrario, por ella hay que estar y pasar”, Sentencia i 567 de 31 de agosto del 2006, primer Considerando, segunda sentencia, ponente Carrasco Casi (tomadas de legajo del consecutivo de sentencias de la mencionada Sala).

(8) Sobre la inscripción de la defunción en el Registro del Estado Civil, en el contexto cubano, *vid.*, per omnia, mi artículo: “De la inscripción de la defunción en el Registro del Estado Civil”, en *La regulación jurídica de la muerte en Iberoamérica*, con particular referencia al Derecho cubano, Temis, Ubijus, Reus y Zavalía, Bogotá, México D. F., Madrid y Buenos Aires, 2009, pp. 179-204.

(9) En la doctrina científica algunos autores, si bien reconocen la trascendencia del diagnóstico neurológico de muerte, no dejan de dudar sobre la inscripción de la defunción. La profesora de la Universidad Central de Venezuela, Domínguez Guillén sostiene que aunque la muerte cerebral supone muerte sustancial a efectos jurídicos, hay que esperar la desconexión del “sujeto” del soporte artificial para acreditar la muerte clínica y respectiva acta de defunción, de modo que distinga entre muerte cerebral y lo que ella llama muerte clínica, conectada esta con la cesación vital del resto de los órganos, presupuesto ineludible para desconexión, con lo cual se entra en una contradicción de indubitada trascendencia jurídica (DOMÍNGUEZ GUILLÉN, 2009: 201).

do ya está certificada la muerte. No tributa este supuesto en los casos comprendidos en el artículo 75 de nuestra Ley del Registro del Estado Civil de inscripción fuera del plazo ordinario.

III.a.II. Fallecida pero no inhumada: la necesaria postergación de la inhumación o incineración

En la doctrina española Rodríguez Ramos es algo más cauteloso, de ahí que proponga para casos como los de “cadáveres incubadoras”, a los fines de evitar el perentorio plazo que la ley concede de 24 horas como máximo (al menos en el Derecho cubano), a partir de la hora del fallecimiento, según consta en la certificación médica, para la inhumación del cadáver, igual al nuestro —heredado sin dudas de la Ley del Registro Civil de España de 1985 que estuvo vigente en Cuba por un siglo—, la práctica de la inscripción de defunción mediante sentencia y orden de la autoridad judicial a partir de acta extendida por la persona competente, por concurrir una de las circunstancias excepcionales, establecida en los artículos 19 de la Ley del Registro Civil española y 71 a 75 y 277 de su Reglamento, lo cual a mi juicio sería una interpretación forzada, en tanto, la excepcionalidad no la encuentro ni en la expedición de la certificación médica, ni en la práctica del asiento de inscripción, sino en la expedición de la licencia de enterramiento o inhumación. Tanto en Cuba, como en España, ello tendría solución. Se trataría de una excepción a la norma, por circunstancias excepcionales que se acreditarían documentalmente. No creo que el sentido literal de nuestro artículo 129, segundo párrafo, inciso a) del Reglamento de la LREC haga imposible la postergación de la inhumación de darse un supuesto como el que vengo estudiando. Sería darle más valor al positivismo jurídico que a la racionalidad y proporcionalidad que representa una inscripción en término de una defunción ya certificada. En todo caso, cuando el cadáver es utilizado para investigaciones médicas, se inscribe la defunción y nunca se practica ni la inhumación, ni la cremación. Un trato similar tendría este supuesto en que el cadáver es utilizado para incubar al feto, aunque con la apariencia de persona.

Considerar lo contrario sería desviar los efectos, y no estudiar la causa. Hemos llegado a la conclusión de que la muerte, cualquiera sea el criterio científico que se adopte, supone el fin de la existencia humana. La gestación *post mortem*, es una situación de excepción. No se trata de inseminar a una mujer tras su muerte, la gestación “sobrevive” a la portadora del feto. Pudiera resultar una quimera pero los casos reportados en la literatura médica nos dan la razón. El Derecho tiene que utilizar instrumentos certeros y el concepto de muerte, que llega a él, importado de las ciencias médicas, no puede ser plato a la carta, de manera que las personas se entiendan fallecidas para algunos fines, y vivas para otro, se sea dador o no, esté grávida o no, el criterio neurológico de muerte es tan certero como el clásico o cardio-respiratorio, por eso motivo no comparto la tesis de la existencia de una muerte orgánica. La muerte a fin de cuentas es un proceso, pero al Derecho le interesa que la Medicina le precise el momento de no reversión de la persona, porque sus efectos jurídicos se disparan, cuan un resorte, en ese preciso instante, no a modo de ciclo o proceso. La determinación de la muerte debe llevar pareja su certificación. Y tampoco es compatible una certificación de defunción practicada, y no inscrita. El Derecho civil necesita superar los retos que la tecnología le impone. Los esquematismos y preconceptos deben ser superados. No se trata de degradar al ser humano. Hemos comprobado incluso los ojos con los que la Iglesia Católica ve situaciones como la gestación *post mortem*, vinculada esencialmente al diagnóstico de muerte encefálica. No hay una degradación ética del ser humano, cuando se diagnostica la muerte, se certifica y se inscribe, aunque el soporte físico de la que fue esa persona se mantenga artificialmente para salvar a lo que fue sin dudas su más importante proyecto. Aunque en un contexto distinto del que vengo exponiendo —concretamente en función de los trasplantes de órganos— el hoy Papa emérito Benedicto XVI dejó dicho: “La ciencia, en estos años, ha hecho progresos ulteriores para constatar la muerte del paciente. Es bueno, por tanto, que los resultados alcanzados reciban el consenso de toda la comunidad científica para favorecer la búsqueda de soluciones que den certeza a todos. En un ámbito como éste no se puede dar la mínima sospecha de arbitrio y, cuando no se haya alcanzado todavía la certeza, debe prevalecer el principio de precaución” (2008).

Años antes el Papa Juan Pablo II al referirse al criterio de muerte cerebral, declaró: “Es bien sabido que, desde hace tiempo, diversas motivaciones científicas para la certificación de la muerte han

desplazado el acento de los tradicionales signos cardio-respiratorios al así llamado *criterio 'neurológico'*, es decir, a la comprobación, según parámetros claramente determinados y compartidos por la comunidad científica internacional, de la *cesación* total e irreversible de toda actividad cerebral (en el cerebro, el cerebelo y el tronco encefálico). Esto se considera el signo de que se ha perdido la capacidad de integración del organismo individual como tal.

“Frente a los actuales parámetros de certificación de la muerte —sea los signos ‘encefálicos’ sea los más tradicionales signos cardio-respiratorios—, la Iglesia no hace opciones científicas. Se limita a cumplir su deber evangélico de confrontar los datos que brinda la ciencia médica con la concepción cristiana de la unidad de la persona, poniendo de relieve las semejanzas y los posibles conflictos, que podrían poner en peligro el respeto a la dignidad humana.

“Desde esta perspectiva, se puede afirmar que el reciente criterio de certificación de la muerte antes mencionado, es decir, la cesación *total e irreversible* de toda actividad cerebral, si se aplica escrupulosamente, no parece en conflicto con los elementos esenciales de una correcta concepción antropológica. En consecuencia, el agente sanitario que tenga la responsabilidad profesional de esa certificación puede basarse en ese criterio para llegar, en cada caso, a aquel grado de seguridad en el juicio ético que la doctrina moral califica con el término de ‘certeza moral’. Esta certeza moral es necesaria y suficiente para poder actuar de manera éticamente correcta” (2013). En tal sentido, si el criterio de muerte encefálica se ha ido imponiendo en el mundo, a pesar de algunos criterios disidentes que todavía hoy se defienden con vehemencia, e incluso tiene fuerza de ley, entonces, hay que actuar con respeto al principio de legalidad, de manera que diagnosticada la muerte según criterio neurológico, corresponde por tanto actuar en consecuencia, con su certificación e inscripción registral.

Inscrita la defunción, tampoco considero improcedente la expedición de las correspondientes certificaciones, si bien dada la particularidad que ofrece el caso, el legislador pudiera suspender la apertura de la sucesión, quizás por cuestiones más éticas que legales, haciéndolo coincidir al momento de desconexión del cadáver. Cuestión que además estoy seguro que en estricto Derecho sería más que opinable, pues certificada la muerte e inscrita en el Registro, los herederos tienen el documento que a todos los efectos jurídicos acredita el deceso y con ello podrían proceder a la tramitación del proceso sucesorio.

III.b. Ineludible condición póstuma del nacido. Filiación *postmortem* materna

Aunque resulte un caso atípico, teniendo en cuenta las ideas expresadas, estamos en presencia de un supuesto de postumidad por línea materna, o sea, de una filiación *post mortem* materna, en tanto que la filiación será determinada después del fallecimiento de la madre, si bien el hecho de la cesárea practicada sobre el cadáver de la que un día fue su progenitora es prueba irrefutable de su filiación. No obstante, téngase en cuenta que el hijo nacerá tras la extinción del vínculo matrimonial que tuvo lugar por la muerte de la progenitora, lo que no traerá, en principio, ninguna otra consecuencia legal.

En este entorno, siguiendo los derroteros de nuestro Código de Familia resulta de aplicación la presunción filiatoria matrimonial contenida en el artículo 74.2º, en tanto que el niño nacerá por leyes naturales de la biología antes de los 300 días de extinguido el matrimonio. De todas formas la identidad del hijo —y como expliqué—, la práctica de la cesárea resultarán pruebas irrefutables de la identidad de la progenitora. Se trata, en definitiva, de un hijo póstumo, o sea, nacido después de la muerte de la madre.

III.c. Efectos sucesorios

III.c.I. ¿Cuándo se abre la sucesión?

No menos trascendente es la determinación exacta del momento del fallecimiento para la apertura de la sucesión. Precisamente el fenómeno sucesorio se hace coincidir con el momento mismo del deceso de la persona, que en tales circunstancias se convierte en causante. Por esa razón no ha de ser *ab libitum* la determinación por los médicos del momento en que se certifica la muerte. Al existir

certeza médica según criterio neurológico, los médicos actuantes han de certificar la muerte, por ello es que reitero, resulta un contrasentido diagnosticar la muerte encefálica y dilatar el momento de su certificación, pues como apunta el profesor Rodríguez Ramos, qué sucede si durante ese tiempo en que se prolonga artificialmente la “vida” de la grávida, se modifica sustancialmente la vocación hereditaria (2002: 263). En efecto, importa sí, y mucho que se certifique y se asiente la defunción, para que a los fines jurídicos quede claro que estamos en presencia de un cadáver, de un cuerpo sobre el que reposa una vida fetal, un *nasciturus*, que conforme con nuestro Código Civil en su artículo 25 tendrá derechos sucesorios, si llega a nacer con vida, derechos que esfumarían las expectativas de otros, ubicados en llamados posteriores o, en todo caso, conllevarían a compartir el derecho a la herencia con otros herederos titulares, ubicados en el mismo orden o llamado sucesorio.

Incluso, y en esto parece que hay más consenso, aun cuando se certifique tardíamente la muerte, ella tendría que retrotraerse a la fecha en que se diagnosticó. Criterio, del cual discrepo, pero en todo caso, veo atendible en cuanto a la precisión temporal del momento del fallecimiento, pues en el orden del Derecho de sucesiones, los derechos a la herencia se verían totalmente trastocados si la certificación se expidiera por los médicos actuantes en la fecha en que se desconecta el cadáver, pues tal extemporaneidad, además de ser un contrasentido científico, supondría que la determinación de la muerte fuera fijada caprichosamente por el hombre, sustentada en ciertas ventajas patrimoniales que tendrían los que traen causa de la grávida, cuyos derechos a otras sucesiones causadas a su favor, pueden ser adquiridos mientras tenga vida, y no cuando esa “vida” sea artificial, por haber mutado de persona a cadáver.

En tal sentido, en otra oportunidad he llamado la atención, lo que resulta interesante, para no decir preocupante, en el orden del Derecho de sucesiones, es la data exacta de la muerte, cuando el criterio que se utiliza por los médicos es el neurológico. Está claro que para el médico diez o quince minutos no tienen una importancia trascendental en el diagnóstico de la muerte. El médico se preocupa más por la vida del paciente, que por la muerte, la cual muchas veces se acepta como una derrota, pero esos minutos sí que pueden importar y mucho al Derecho de sucesiones, sobre todo cuando el orden cronológico de los fallecimientos trasciende para la adquisición de un derecho (Pérez Gallardo, 2009: 151-155). De ahí que la situación jurídica de conmorencia se haga incompatible con el diagnóstico neurológico de la muerte. Se trata de un diagnóstico que necesita tiempo en el personal médico. El protocolo que al efecto se exige es riguroso y ha de ser cumplido a cabalidad para lograr esa certeza moral de la muerte de la que hablaba el Santo Padre Juan Pablo II. De este modo, diagnosticada ésta, se desata el fenómeno sucesorio, que puede en esta era tecnológica ser compatible con el supuesto de que aun el cadáver esté acoplado a un ventilador mecánico que produce la apariencia de una muerte, ese disfraz de muerte al que hace referencia la *Declaración de Neurólogos*, tantas veces invocada en estas páginas: “En realidad, no es la persona sino el respirador lo que mantiene artificialmente la apariencia de vitalidad del cuerpo. Por lo tanto, en estado de muerte cerebral, la llamada vida de las partes del cuerpo es ‘vida artificial’, no vida natural. Un instrumento artificial se convierte en la causa principal de dicha ‘vida’ no natural. De este modo, la muerte se disfraza o se enmascara a través del uso de un instrumento artificial” (2008: 45). Al seguir tales derroteros, nada impide que se inicie el proceso sucesorio, cuando ya no existe la persona, otra cuestión muy distinta es que la sola presencia del *nasciturus* se convierte en razón suficiente prudente para postergar por consenso de quienes tendrían derechos sucesorios, cualquier trámite legal, a la espera del éxito o no del mantenimiento con vida del feto.

III.c.II. ¿Suspensión de la partición o reserva de la cuota hereditaria?

De todos modos, el *nasciturus* es clave en el proceso sucesorio pues pudiera resultar el único llamado a la sucesión, de llegar a nacer. Su nacimiento suspende la partición en el Derecho español a tenor de lo previsto en el artículo 966 (10), sin embargo en el nuestro no, en tanto el artículo 534.2º

(10) En efecto, la suspensión de la partición hereditaria está prevista en el artículo 966, ante el advenimiento de hijo (se trataría en todo caso de un hijo póstumo, como lo es el que nace tras el diagnóstico neurológico del

del Código Civil prevé tan solo la cautela de mantener a buen resguardo su cuota, pero sin que su nacimiento dilate el proceso sucesorio. Teóricamente, nada priva entonces a los herederos de la grávida fallecida a iniciar los trámites sucesorios sin certeza aun del alumbramiento. La situación se torna mucho más compleja si el nacimiento con vida del *nasciturus* desplaza del derecho a la herencia a los padres de la fallecida, pero esto no es una situación particular derivada de la gestación *post mortem*, puede acontecer también en los casos de postumidad del hijo, respecto de su progenitor, ya fallecido. Lo relevante en este tema es, si resulta admisible en Derecho tramitar una sucesión de quien ya fue diagnosticada en muerte encefálica y sigue acoplada a un ventilador con soporte artificial de “vida” para llegar a buen fin el producto de la concepción. Una vez más puede entrar en colisión el Derecho con la Moral. Lo que moralmente no es admitido, puede ser cubierto en el orden legal.

También hay que repensar los conceptos y categorías jurídicas. Hoy día se admiten en varios ordenamientos jurídicos el matrimonio entre personas del mismo sexo, la inseminación artificial *post mortem*, la inseminación artificial y la fertilización *in vitro* con transferencia de embriones procedentes de un tercero, aun cuando la pareja está casada, el trasplante de rostro, el cambio y reasignación de sexo incluso en menores de edad, la gestación por sustitución. No tenemos entonces por qué aterrarnos en pensar que resulta macabro que la sucesión de una persona se tramite cuando el que fuera su cuerpo, la caja somática, reservorio de lo que fue esa persona en vida, todavía está incorrupta, en una cama de una Unidad de Cuidados Intensivos, en pos de lograr el nacimiento de una nueva persona.

En todo caso, soy partidario, de que lo que importa en el Derecho de sucesiones, más que la premura por la tramitación de la sucesión en sí, es la certeza misma de la muerte, la determinación con pulcritud del momento en que ha cesado una vida, instante mismo en que se echa andar el fenómeno sucesorio. A todas luces, los títulos sucesorios cobran vigencia con la muerte del titular. Las sucesiones siempre responden a un hecho pretérito, a saber: el del deceso, de ahí que en los ordenamientos jurídicos que como el español, o el nuestro, siguen el sistema romano de sucesión, la aceptación de la herencia siempre tendrá efectos *ex tunc*, o sea, se remontan al momento del óbito (*vid.* artículos 989 del Código Civil español y 528 del Código Civil cubano).

IV. Consideraciones *ad finem*

Sin dudas, resulta necesario educar a las personas en los cambios tecnológicos, el criterio neurológico de muerte tiene una aceptación no solo en la comunidad científica y en el Derecho comparado, sino también socialmente. No obstante, en ocasiones el paternalismo médico llega a confundir a la población. El legislador ha de ser prudente pero coherente. Los médicos deben informar a los familiares de aquel a quien se le ha diagnosticado la muerte cerebral “que el paciente ha muerto en lugar de decirles que tiene ‘muerte cerebral’, y luego explicarles que los sistemas de soporte solo producen una apariencia de vida. Del mismo modo, no deben emplearse los términos ‘soporte vital’ y ‘tratamiento’, ya que los sistemas de soporte se están usando en un cadáver” (*Declaración de Neurólogos*, 2008: 45). La decisión de desconectar en casos en que el cadáver no sea un dador potencial de órganos, compete al médico, no a los familiares afectivamente vinculados con el fallecido. La decisión ha de ser informada a los familiares, pero tomada por los médicos actuantes.

Reitero, el concepto de muerte no lo debe dar el Derecho, sino la Medicina. Al Derecho le interesa regular los efectos jurídicos de ese hecho, de indudable trascendencia, uno de los cuales, es esencialmente el fenómeno sucesorio, de modo que las normas que le regulen sean interpretadas con la racionalidad que imponen los cambios tecnológicos. Lo que no es permisible es mover *ab libitum* los límites de la existencia humana para cambiar los derroteros de una sucesión *mortis causa*, de modo que lo que a todas luces resulta una premorencia, derive en una postmorencia, de la que resulten be-

fallecimiento de la madre). Según sostiene Martin Briceño, al estudiar el supuesto fáctico comprendido en el mencionado artículo del Código Civil de España, la suspensión tiene por motivo la incertidumbre del nacimiento del *nasciturus* “ya que el legislador no puede conceder un derecho hereditario a quien todavía no tiene capacidad para suceder, pero sí puede prolongar el estado de indivisión hereditaria en defensa de una expectativa” (MARTIN BRICEÑO, 2008: 218).

neficiados ciertos miembros de la familia, en detrimento de otros. Si bien, referido a otro contexto (el de la fertilización *in vitro*), el que nos atañe, como expone el profesor argentino Ciuro Caldani, es evidencia de que las posibilidades científico-técnicas que hoy operan “producen una carencia histórica sucesoria por novedad científico-técnica” (CIURO CALDANI, 2011: 26). En tal sentido, cabría apuntar que el momento de apertura de la sucesión hoy día tampoco se adelanta por la aplicación del criterio neurológico de muerte. No se trata de un diagnóstico precoz, sino de que el Derecho acompase los dictados de las ciencias médicas. Por esa razón ha de existir perfecta sincronía entre los criterios médicos de determinación de la muerte y sus consecuencias jurídicas.

V. Bibliografía

BENEDICTO XVI. Discurso con ocasión del Congreso Internacional “Un dos para la vida. Consideraciones sobre la donación de órganos” (2008). En Academia Pontificia para la Vida, en colaboración con la Federación Internacional de las Asociaciones Médicas Católicas y el Centro Nacional Italiano de Trasplantes. Disponible en: <http://www.zenit.org/es/articles/benedicto-xvi-criterios-eticos-para-los-trasplantes-de-organos> (fecha de consulta: 26/10/2013).

DECLARACIÓN DE NEURÓLOGOS (2008). “¿Por qué el concepto de muerte cerebral es válido como definición de muerte?”, Pontificia Academia Scientiarum, Ciudad Vaticano. Disponible en <http://www.medioscan.com/pdf/muertecerebral.pdf> (fecha de consulta: 2/11/2013).

CIURI CALDANI, Miguel Ángel (2011). “Aportes integrativistas al Derecho de sucesiones (La sucesión como hora de la verdad de la persona física”. En *Investigación y Docencia*, Rosario, nro. 40, p. 26. Disponible en www.centrodefilosofia.org.ar (fecha de consulta: 3/4/2011).

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria (2009). “Breve referencia a la filiación post mortem”. En *Revista de la Universidad Central de Venezuela*, Venezuela, nro. 134, p. 201.

FERRER, Francisco A. M. (2013). “La función del Derecho, las técnicas de procreación humana *post mortem*, y el Derecho Sucesorio”. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/inst/evacad/eventos/2004/0902/mesa12/329s.pdf> (fecha de consulta: 2/11/2013).

JUAN PABLO II. Discurso con ocasión del XVIII Congreso internacional de la Sociedad de Trasplantes (2000). Disponible en http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/2000/jul-sep/documents/hf_jp-ii_spe_20000829_transplants_sp.html (fecha de consulta: 27/10/2013).

JARAMILLO MAGAÑA, José (1993). “Uso humano de los seres humanos. El individuo en muerte encefálica como sujeto de investigación”. En *Revista mexicana de Anestesiología*, México, nro. 16, pp. 137-139.

MACHADO CURBELO, Calixto (2003). “Resolución para la determinación y certificación de la muerte en Cuba”, Comisión Nacional para la determinación y certificación de la muerte. En *Revista Neurología*, 36, 8, p. 765.

MARTÍN BRICEÑO, María Rosario (2008). *La prohibición de dividir la herencia en el Código Civil*. Madrid: Dykinson.

MEJÍA, Raúl, BADARIOTTI, Gustavo, OVIDIO RIDRUEJO, Bernardo de Diego y O’FLAHERTY, Enrique (2008). “Muerte cerebral en una embarazada y sobrevida de feto”. En *Revista Medicina*, Buenos Aires, nro. 68, ps. 447-452.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (2007). “Inseminación artificial y transferencia de preembriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana (algunas glosas al artículo 9º de la Ley 14/2006, de 26 de Mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida, de España”. En *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, España, nro. 4, ps. 605-630.

REQUENA-MEANA, Pablo (2009). “El diagnóstico de muerte cerebral”. En *Perspectiva Bioética*, Roma, nro. 2, 33, vol. 13.

RODRÍGUEZ RAMOS, Antonio Manuel (2002). "Implicaciones éticas y jurídicas de la gestación *post mortem*: el 'cadáver incubadora'". En *Familia, tecnología y Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 257.

VELARDE MORANTE, Ricardo (2009) "Filiación por reproducción medicamente asistida, 'embarazo *post mortem*'". En *Boletín del Instituto de la Familia*, UNIFE, Facultad de Derecho, Perú, nro. 11, p. 135.

VI. Otros documentos consultados

"Embarazada con muerte cerebral dio a luz a mellizos", *Primicia*, 12/5/2012.

"Monseñor Sgreccia: Ha sido lícito el soporte vital en muerte cerebral para salvar un embarazo", *La Stampa*, 14/6/2006.

"Una mujer da a luz a su bebé tras tres meses en muerte cerebral", *El Mundo*, 14/11/2013.

Neurociencia y Neuroética en el marco jurídico de la salud mental

POR LUIS ALBERTO VALENTE (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Área de investigación.— III. Planteo del problema. — IV. Desarrollo. — V. Replanteo del problema. — VI. Conclusión. — VII. Bibliografía. — VIII. Legislación consultada. — IX. Jurisprudencia consultada.

Resumen: Las investigaciones sobre el cerebro (y sus alteraciones) generan una revisión importante en la forma en que el jurista debe encarar la problemática relativa a la restricción de la capacidad. Nuestro análisis se focaliza en proyectar el amplio campo jurídico de la salud mental (y de las adicciones) a la luz de la mirada neurocientífica y de la consideración neuroética.

Palabras clave: salud mental, adicciones, neurociencia, neuroética.

NEUROSCIENCE AND NEUROETHICS IN THE JUDICIAL FIELD OF MENTAL HEALTH

Abstract: The researches that have been carried on in the brain, (and its alterations) have generated an important revision in the way that a lawyer must face the relative problems which may emerge from restricting its capacity. Our analysis is focused on projecting the immense judicial field of mental health (and its addictions) under a neuroscientific light and taking into account a neuroethical approach.

Keywords: mental health, addictions, neuroscience, neuroethics.

I. Introducción

Como se sabe, la ley 26.657 regula la problemática relativa a la protección de las personas con padecimiento mental, y a su vez, la misma está reglamentada por el dec. 603/2013.

A tono con la lógica emanada de los Documentos Internacionales de los que da cuenta el art. 2º de la aludida ley 26.657, el art. 7º de ésta en su inc. n) establece que las personas con padecimiento mental tienen derecho a que aquel no sea considerado un estado inmodificable.

Recuérdese la ley 26.378 que aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y que expresamente concibe a la discapacidad como un concepto que evoluciona, o sea, no es estático.

La OMS tiene dicho que la Salud es un completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedades o afecciones.

A la Salud Mental, a su turno, se la entiende también como un estado de equilibrio entre una persona y su entorno sociocultural y que garantiza su participación laboral, intelectual, etc., a fin de lograr su bienestar y calidad de vida.

Contornos dogmáticos que no impiden otros puntos de vista.

(*) Profesor Titular Interino de Derecho Civil I, Cátedra I. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

Así por ejemplo puede abordarse a la Salud Mental desde un punto de vista integral, considerando los aspectos físicos, psicológicos, sociales y espirituales como un todo.

Si se enfatizan los aspectos positivos de las personas puede decirse también que es un concepto que apunta a que el individuo se desarrolle de acuerdo a sus potencialidades y posibilidades.

De lo expuesto se desprende que para lograr ese objetivo se requiere el tratamiento lo más exhaustivo posible acerca del problema que lo aqueja. Mucho más aún si se apunta no sólo a la curación sino también a la prevención.

En el presente análisis nos referiremos a ese colectivo pero a la luz de nuevas consideraciones que enmarcan a ese padecimiento como apartado sujeto a consideraciones neurocientíficas, las que a su vez, se perfilan con una acabada dimensión ética.

II. Área de investigación

El eje de la problemática pasa por advertir cuáles son los presumibles aportes que puede brindar la neurociencia en el marco jurídico de la salud mental.

De resultar afirmativa esa premisa, otro punto por resolver es la resultante de cuestionar los límites que tales aportes tienen en un campo jurídico tan amplio.

En el ámbito de estudio que invocamos, una ajustada contextualización jurídica del padecimiento mental nos conduce a ubicarnos desde otro eje de la problemática y si se pretende un tratamiento dinámico de la misma debe considerarse la interdisciplinariedad que, por otra parte, los mismos textos jurídicos pregonan.

A su vez, las investigaciones neurocientíficas (muchas de las cuales poseen una gran relevancia) no pueden obviar planteamientos éticos que posibilitan adecuar los avances tecnológicos y científicos al Derecho, y en especial, a los Derechos Humanos.

Indaguemos algunos supuestos en los que las consideraciones neurocientíficas pueden repercutir sobre el planteamiento jurídico:

1. Un caso paradigmático —si se quiere— fue el resuelto por la Cámara Nacional Civil en los autos “N., L. s/Insania”, y en el cual, se revirtió la solución que al mismo había dado el Juez de primera instancia.

En efecto, en tanto la magistrada de grado resolvió que el causante se encuentra limitado para todos los actos jurídicos de disposición y administración de sus bienes; la Cámara advirtió que estando varios años internado, no se ha dado muestras (en autos) de agotar las alternativas terapéuticas adecuadas en aras de lograr avances significativos en el abordaje de su cuadro de salud mental.

De allí que requiere que se proceda a evaluar con detenimiento las alternativas posibles para brindar una mejor atención integral y abordaje de la problemática de autos.

De ese modo, la Cámara propone un acompañamiento terapéutico al paciente orientado a estimular aspectos sociales que mejoren su interacción en el medio.

La concreta casuística obliga al operador jurídico a respaldar su solución requiriendo un meduloso apoyo en conocimientos más exhaustivos acerca de las posibilidades concretas del sujeto, y que a su vez, justifiquen la solución judicial.

A tono con ello, se ha dicho que la Neurociencia hace posible identificar dónde se encuentran las anomalías psíquicas, estructural y funcionalmente. La permanente exposición a estímulos favorables o desfavorables, dentro de un estado de interrelación entre el individuo y su entorno, genera tendencias de respuesta adaptativa. Las respuestas aprendidas reflejarían la maduración continua del cerebro (TORNESE, 2006).

A su vez, y como del mismo plexo legal se desprende, se trata de adecuar la modalidad de abordaje al paradigma de los Derechos Humanos. El centro pasa por analizar (ajustadamente) la relación cerebro-conducta y atisbar las posibilidades reales del sujeto.

2. En línea con lo expuesto, en los autos “B., J. M. s/Insania” la Corte Suprema de Justicia de la Nación (adhiriendo al dictamen de la Procuradora Fiscal), ha dicho que los jueces deben extremar los cuidados en el esclarecimiento de eventuales dudas, sobre todo por lo delicado de la materia que se ventila en éste tipo de procesos, donde pueden verse vulnerados los derechos fundamentales tanto admitiendo o denegando el progreso de la acción. De manera que el Tribunal no puede atender algunos aspectos de la pericia e ignorar sin fundamento otros de importancia, realizando una selección incongruente.

En ese fallo también se recordó que la Convención sobre los derechos de la persona con discapacidad (ley 26.378), la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de las personas con Discapacidad (ley 25.280) y la ley 26.657 de Salud Mental reconocen los mecanismos de apoyo, salvaguardas, y ajustes razonables, tendientes a que quienes están afectados por éstos padecimientos puedan ejercer su capacidad jurídica en iguales condiciones que los demás.

La Corte, en definitiva, comparte la idea de la Procuradora Fiscal en el sentido de que los magistrados deben estudiar los remedios judiciales asistenciales que la concreta casuística requiere pero sobre la base de un medular análisis de las constancias de la causa. Y ello a fin de no imponer una carga desproporcionada y de acuerdo con el efectivo estado de salud del causante.

De lo expuesto se desprende, que sin perjuicio de apartarse de las pericias si las actuaciones lo permiten, el sentenciante debe procurar encontrar las ajustadas bases neurológicas del padecimiento denunciado.

De allí concluimos nuevamente que en éste tipo de actuaciones se requiere un análisis exhaustivo de la concreta relación cerebro-conducta y, en su caso, del comportamiento derivado de la lesión o enfermedad del cerebro.

Es de rigor pensar en diferentes tipos de alteraciones cognitivas asociadas con el envejecimiento, pero también, puede existir éste sin aquellas. Puede haber individuos con alta probabilidad de desarrollar ese padecimiento, el que por el momento sólo se halla en sus fases iniciales y con pronóstico incierto. De allí el seguimiento que la ley impone (art. 152 ter del Cód. de Vélez incorporado por la ley 26.657 y art. 40 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación).

El operador jurídico no puede desentenderse de las proyecciones de la concreta anomalía, lo que equivale a sostener que el Derecho no puede ignorar un conocimiento justo y dinámico de la problemática. De lo contrario el análisis jurídico se verá seriamente sesgado.

3. Relacionado con lo expuesto, se ha sostenido que la dependencia a las drogas obedece en definitiva a un desorden en el cerebro, razón por la cual puede decirse que esa conducta compleja encuentra su causa en un trastorno cerebral.

A su vez, puede aseverarse que las sustancias psicoactivas pueden perturbar profundamente los procesos neuronales. Esos estudios se han visto posibilitados por la denominada “neurociencia de las adicciones”.

La misma se ocupa de describir de manera general y completa los factores biológicos y bioquímicos relacionados con el uso y la dependencia de sustancias psicoactivas, como así, trata de los mecanismos de acción de éstas, explicando cómo su uso puede originar el síndrome de la dependencia. No es ajeno a ese análisis el examen de los factores ambientales y sociales que favorecen el consumo.

Las sustancias o drogas psicoactivas son aquellas que al ser tomadas modifican la conciencia, el estado de ánimo o los procesos de pensamiento de un individuo. Los avances en Neurociencia han permitido conocer mejor los procesos físicos mediante los cuales actúan esas sustancias.

Tales estudios permiten a su vez identificar a los usuarios y su posible pertenencia a una subcultura alienada, con lo cual, se analiza también el propósito que está vinculado al uso de esa sustancia.

Se ha considerado que la motivación, el control de impulsos, la toma de decisiones, etc. depende de mecanismos neuronales y que los mismos son empleados para tomar decisiones físicas o de carácter social. Se trata de ahondar en mecanismos causales amoldados a condiciones ecológicas existentes (CHURCHLAND, 2012).

A su vez, y sin perjuicio de las bases genéticas o los mecanismos hereditarios, el entendimiento de los sistemas neurobiológicos implicados en la adicción conduce al conocimiento de ese problema y a un desarrollo racional de la farmacoterapia para su tratamiento (GIL VERONA y otros, 2003).

Sobre la base de lo expuesto, no parece desaguisado pensar que toda resolución jurídica debiera apoyarse en una perspectiva neurobiológica más aguda acerca de la resolución, razonamiento y toma de decisiones del adicto.

III. Planteo del problema

La ajustada ponderación de los derechos personalísimos exige una acabada dimensión de la enfermedad mental, o en su caso de la adicción, ya que ello puede afectar seriamente el proyecto de vida de la persona.

Se trata de mensurar las debilidades pero también justipreciar las fortalezas.

Un examen neurocientífico conduce a la ponderación que en la especie puede acaecer en la relación cerebro-conducta.

Ahora bien si lo expuesto es exacto, ¿Es correcto identificar a la enfermedad mental con la enfermedad cerebral? ¿El individuo puede resumirse en un complejo de procesos cerebrales?

Estos interrogantes tocan de cerca al análisis neurocientífico.

A su vez, los recursos terapéuticos (incluida la internación cuando procede) sólo son asequibles tras un meduloso análisis de la patología, aserto que se apoya en una ajustada ponderación de todos los factores conculcados y sopesados por la labor neurocientífica.

De allí la importancia de una experticia rigurosa, amplia y concluyente en los procedimientos judiciales cuyo eje se centra en la salud mental del causante.

Otro aspecto vinculado también a la especulación teórica de marras, se vincula a la probable existencia de correlatos invasivos en el tratamiento de la enfermedad y que requieren no sólo la lógica atención al enfermo sino también la del ambiente que lo contiene.

Ese tipo de intervenciones, ¿no deberían ser abordadas en el contexto de una consideración humana integral? En principio, no dudamos que en lo posible debe prepararse al mismo paciente, pero ello no excluye también que se informe al entorno acerca de los probables cambios en la dinámica familiar.

Los avances tecnológicos (imágenes cerebrales por ejemplo) al tiempo que implican un notable e importantísimo avance en el análisis de las enfermedades cerebrales, ¿no pueden generar también una peligrosa invasión a la esfera de lo íntimo o privado del enfermo?

En éste sentido y sin perjuicio de lo que expondremos seguidamente, se ha considerado que las nuevas técnicas de neuroimagen podrían aportar un mayor conocimiento sobre los circuitos neuro-

anatómicos y neuro-químicos que modulan los efectos emocionales, cognitivos, motivacionales y reforzadores de sustancias psicotrópicas. Ello podría resultar decisivo para el desarrollo de las neurociencias y también de una nueva farmacoterapia para las conductas adictivas (GUARDIA SERECIGNI, 2000).

De ser ello exacto, es factible que se puedan allanar los resortes más íntimos de la conducta. Al menos, aquel análisis parece ir en esa dirección. Siendo así, el operador no puede obviar los aspectos éticos y jurídicos que pueden acaecer en la especie.

Una visión encerrada en dogmatismos no puede conducirnos a una miopía jurídica. Ya hemos aludido a que el uso y dependencias de sustancias psicoactivas representan un factor significativo en el incremento de morbilidad. La Organización Mundial de la Salud ha elaborado un excelente informe acerca de las neurociencias de las adicciones. Y si bien se ha focalizado más en los mecanismos cerebrales de los neurotransmisores no ignora los factores sociales y ambientales que influyen en el uso y dependencias de tales sustancias.

De lo expuesto se infiere un necesario análisis socio-ambiental concreto del enfermo junto con las bases biológicas de la conducta. Sólo así puede medirse las razones que avalan una limitación o restricción a la capacidad de ejercicio.

Ahora bien, cuando la directiva legal alude a que es jurídicamente factible la restricción de la capacidad del sujeto, pero en la medida en que se tema que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar daño a sí mismo o a terceros, ¿no se requiere un exhaustivo examen neurocientífico que permita mensurar las posibilidades o la magnitud concreta de ese daño?

La Neurociencia puede brindar un significativo aporte a la cuestión planteada y en la medida en que propone una mirada diferente en relación a una sutil materia. El operador jurídico (sobre todo el juez) no debería desentenderse de éste enfoque.

IV. Desarrollo

A. Las neurociencias

1. Lineamientos generales. Una tradicional visión de las Neurociencias entiende que se trata de un conjunto de disciplinas científicas que estudian la estructura y función, el desarrollo de la bioquímica, la farmacología y la patología del sistema nervioso y de cómo sus diferentes elementos interactúan, dando lugar a las bases biológicas de la conducta.

Como dice Slachevsky [2007] las investigaciones actuales en Neurociencias nos están permitiendo comprender, entre otras cosas, las bases neurológicas de la conciencia, de los comportamientos sociales, de la moralidad, de la toma de decisiones y de las principales enfermedades psiquiátricas.

Tras afirmar que el tránsito del mundo social, en gran medida, depende de los mecanismos neuronales, se ha optado por una perspectiva neurobiológica sobre la naturaleza del razonamiento; y se ha llegado a sostener que la moralidad misma es una estructura de conducta social determinada por la interrelación de diferentes procesos cerebrales. Entre éstos se menciona el reconocimiento de los estados psicológicos de los demás, basado en las ventajas de predecir la conducta de los terceros (CHURCHLAND, 2012).

A su vez, y siguiendo a la Sociedad Española de Neurociencia, ésta es una disciplina que incluye a muchas ciencias que se ocupan de estudiar desde un punto de vista inter, multi y transdisciplinario la estructura y organización funcional del Sistema Nervioso (particularmente del cerebro).

Las Neurociencias modernas apuntan sus esfuerzos en develar las bases neurobiológicas de la conciencia y de la racionalidad humana; del comportamiento y de la identidad humana y dieron un paso prodigioso al descubrir que las distintas áreas de aquel se han especializado en diversas funciones, y que a la vez existe entre ellas un vínculo.

Sin embargo, las capacidades de razonar y sentir están misteriosamente ligadas de modo que los fallos emocionales pueden llevar a conducirse de forma antisocial a gentes que, sin embargo, razonan moralmente bien.

Un ejemplo de ello son las adicciones sobre todo si las mismas generan una conducta antisocial o peligrosa que permiten estimar un daño a su persona o bienes.

A su vez, puede aludirse a la ciencia biológica que analiza la morfología y fisiología de las estructuras que forman el sistema nervioso; o bien, podemos referirnos a las conexiones y comunicaciones del tejido neural y también de su enfermar o de su fisiopatología.

Puede o no colocarse la “s” al final del vocablo en cuestión, pero lo cierto es que con la Neurociencia se está revolucionando la manera de entender nuestras conductas y al mismo tiempo se trata de avizorar como aprende, como guarda información nuestro cerebro y cuáles son los procesos biológicos que facilitan el aprendizaje (GIMÉNEZ AMAYA, 2010).

El estudio puede abarcar diferentes niveles (molecular, neuronal, redes neuronales, conductual y cognitivo) pero en definitiva la Neurociencia trata de desentrañar la manera en que la actividad del cerebro se relaciona con la psiquis y el comportamiento.

De allí también que cuando se habla de neurociencia puede considerársela como una amalgama o vínculo entre el cerebro y la conducta y que consiste en aportar explicaciones de la conducta en términos de actividad del encéfalo, explicar cómo actúan millones de células nerviosas individuales en el encéfalo para producir la conducta y como, a su vez, éstas células están influidas por el medio ambiente, incluyendo la conducta de otros individuos (GARCÍA, 2007).

Parafraseando a Eric García, puede decirse que en tanto el derecho es expresión de la conducta siendo su adecuada regulación lo que le interesa de ella; la Neurociencia es la comprensión del porqué de nuestra conducta y cómo nosotros mismos somos lo que somos y como lo somos a través de la influencia del encéfalo.

Estamos a un paso de advertir que la fusión del cerebro y la conducta como material de estudio pueden contribuir significativamente a un Derecho más justo y a una hermenéutica de la legislación más apropiada en un tema fuertemente consubstanciado con los Derechos Humanos.

2. *Algunos tipos de Neurociencia. La Neurociencia cognitiva.* La Neurociencia se ha desarrollado con otras disciplinas expandiendo y aplicando sus conocimientos a otras áreas del saber.

En ese lineamiento, combinada la Neurociencia con la Psicología puede hablarse de Neurociencia Cognitiva, cuyo fin es proporcionar una nueva manera de entender el cerebro y de brindar significativos aportes en el análisis de los procesos mentales implicados en el comportamiento y sus bases biológicas.

Su misión es desentrañar la manera en que la actividad cerebral se relaciona con la psiquis y el comportamiento; revolucionando la forma de entender nuestra conducta y de manera significativa trata de averiguar cómo aprende nuestro cerebro y cuáles son los procesos biológicos que facilitan ese aprendizaje.

En este sentido la Neurociencia cognitiva intenta dar una respuesta a cómo el cerebro recibe, integra y procesa la información y envía diferentes señales para regular múltiples funciones en el organismo. Asimismo, intenta explicar cómo el sistema nervioso establece un puente de unión entre la información proveniente del medio y también la respuesta que el organismo realiza para adecuarse a las demandas cambiantes del entorno. En definitiva, convierte a los seres humanos en lo que son, subyace a sus emociones, a la resolución de problemas, a la inteligencia, al pensamiento y a capacidades tan humanas como el lenguaje, la atención, o los mecanismos de aprendizaje y memoria.

Y a su vez, se trata de explicar los fundamentos más profundos del enfermar nervioso y las alteraciones como las provenientes de enfermedades neurodegenerativas.

Entre las áreas relacionadas con las Neurociencias se encuentra la Neuropsiquiatría que como rama de la medicina se ocupa de los trastornos mentales cuyo origen se halla en enfermedades del sistema nervioso.

Su campo está estrechamente identificado con la Neurología, en especial, con la Neurología de la conducta la que básicamente se ocupa de la cognición y del comportamiento que se deriva de una lesión cerebral o enfermedad del cerebro.

Desde otra óptica ya hemos aludido a la Neurociencia del consumo, vale decir, a la Neurociencia de las adicciones. Relativo a ello, la Organización Mundial de la Salud ha proporcionado una descripción general y completa de los factores biológicos y bioquímicos relacionados con el uso y dependencia de sustancias psicoactivas; además de los diferentes tipos de acción de éstas últimas, explicando las formas en que su uso puede desencadenar el síndrome de la dependencia, focalizándose sobre todo en los mecanismos cerebrales de los neurotransmisores pero sin marginar factores sociales y ambientales (OMS, 2005).

En esa línea, es importante aludir a la conocida como Neurociencia aplicada disciplina cuyo fin es utilizar el conocimiento científico sobre el cerebro para potenciar la salud y el bienestar de las personas.

Se trata de áreas conocimiento que de forma promisoria, intentan dar respuesta a los grandes interrogantes que se erigen acerca del conocimiento del hombre y su enfermar mental. Pero también, pueden posibilitar modificaciones en la conducta lo que llevado a extremos, podría invadir no sólo el mundo de la ética sino también el de la educación, la política y el Derecho. De allí los evidentes riesgos sobre los que volveremos más adelante.

Es que el posible abuso de la solución farmacológica puede generar alteraciones del estado de ánimo o de la memoria; algunos procedimientos pueden (también) afectar la privacidad, la autonomía o la identidad personal.

A su vez, uno de los mecanismos que explora la Neurociencia es la del aprendizaje. Y si un nuevo viraje en la comprensión jurídica de la problemática del paciente mental impone atender a la evolución de su dolencia (o a su seguimiento) es a todas luces evidente el aporte que éste análisis puede brindar al problema.

Atender al proceso por el cual el sujeto va adquiriendo o modificando destrezas y habilidades, y como conclusión de una observación constante de su problemática hace que su estado pueda no considerarse inmodificable, aspecto éste, especialmente relevante para el legislador cuyo objetivo es el tratamiento jurídico de la salud mental.

La educación y el desarrollo personal, conduce a la idea de que a través de las conclusiones que arroja la Neurociencia del Aprendizaje se pueden atender a los cambios de la conducta debidas a las habilidades adquiridas o mejoradas, lo cual permite traslucir a su vez nuevas estrategias adaptativas y acompañadas por una actitud epistemológica dinámica y fuertemente consubstanciada con la concreta casuística.

3. La interdisciplinariedad. La Neurociencia se presenta a comienzos del Siglo XXI como un nuevo saber capaz de hacer grandes aportes no sólo al ámbito de las ciencias naturales sino también al propio de las ciencias humanas y sociales. Puede verse como una reflexión en torno a la razón práctica mediante lo que se viene conociendo como Neurofilosofía y Neuroética (COMINS MINGOL y otra, 2012).

La Neurofilosofía con una visión integradora y crítica, y con ella, la Neuroética asociada más con indagar las bases biológicas de los valores y juicios morales.

Lo verdaderamente medular se traduce en ver a la Neurociencia como un intento de aunar diferentes disciplinas científicas. Es que son varias las ciencias que se unen al estudio biológico del cerebro, como así, del sistema nervioso central y periférico.

Sin embargo, los deseos de integración si bien atractivos y hasta políticamente correctos pueden resultar obstaculizada por algunos escollos.

Avenidaño [2002] los ha planteado desde el punto de vista de la Neurología y Psiquiatría. Muchas veces la integración no ocurre por falta de reflexión crítica acerca del propio marco teórico. Los riesgos de incomunicación se pueden deber a un reduccionismo en la ciencia del cerebro; al innato temor a meterse en terrenos inciertos; la dificultad que deriva del ejercicio de la autocrítica y la heterocrítica en la valoración de abordajes y campos pero que si embargo son imprescindibles para un progreso hermenéutico. Los riesgos se visualizan ante la posibilidad de que la actividad científica margine su faz reflexiva, estudiosa y creativa.

Siguiendo a Giménez Amaya [2010] la Neurociencia puede y debe abordar una interdisciplinariedad en dos vertientes:

Por un lado, una puramente científico-experimental considerando a los estudios genéticos, moleculares o celulares sobre las diferentes células que forman el tejido nervioso y que pueden equipararse conceptualmente a los que se realizan en otros sistemas orgánicos, aplicando la peculiaridad correspondiente al propio entorno neural.

Los primeros trabajos científicos generaron la convicción de que los diferentes puntos de vista cooperaran a fin de que progresara el conocimiento biológico y médico de una estructura tan compleja como la del sistema nervioso que de por sí exigía una visión integradora.

Pero también puede verse a la ya mentada interdisciplinariedad conectada con conocimientos no científicos-experimentales, y así, la Neurociencia aborda principalmente la comprensión sistémica del funcionamiento cerebral adentrándose cada vez más en las preguntas esenciales acerca de la interioridad del hombre.

Y bajo ésta consideración, podemos concebir a la Neurociencia como una disciplina que puede penetrar en las dimensiones más íntimas y personales del ser humano.

Bajo el mismo lineamiento, si consideramos que la Filosofía se ocupa de los interrogantes más esencialmente humanos desde una perspectiva general, no puede omitirse la relación de aquella con la Neurociencia. Y no es ajena a muchos de aquellos interrogantes la consideración decididamente ética de ésta última.

En definitiva, hay un acentuado interés de la Neurociencia por abordar los grandes interrogantes acerca del conocimiento del hombre y de su enfermar mental buscando patrones que pueden incidir sobre la conducta humana.

La búsqueda de la Ética nuevamente se hace imperiosa, por ejemplo, ante la probabilidad de una manipulación de la conducta humana. Ejemplo de esto último es la posible activación o desactivación artificial de determinados centros cerebrales o de conexiones implicadas en el funcionamiento del sistema nervioso.

Por nuestro lado, advertimos una vez más que la interdisciplinariedad es un aspecto que de manera reiterada invocaremos en futuros desarrollos.

4. Neuroimagen. Uno de los conocimientos que aporta la Neurociencia y que tiene enormes consecuencias prácticas tiene relación con los avances en investigación a través del método de Neuroimagen.

Mediante ellos por ejemplo se puede monitorear el funcionamiento del cerebro. Ello ya nos permite anticipar una consecuencia jurídica relativa a la posible vulneración de la privacidad.

Es que mediante éstas técnicas se trata de obtener imágenes del cerebro y uno de los aspectos más novedosos de los conocimientos neurocientíficos es lo que se ha dado en llamar lectura de cerebros.

Debe diferenciarse la “lectura de cerebros” (*brain reading*) de la “lectura de mentes” (*mind reading*). Éste último es un asunto rayano a la ciencia ficción y muy lejano en posibilidad de ocurrir en épocas actuales.

El hecho es que la denominada lectura de cerebros se relaciona con la aludida imaginería cerebral la que permite hallar correlatos neuronales de ciertas enfermedades permitiendo inferir rasgos y caracteres psicológicos.

Según algunos, puede cuestionarse su precisión a efectos de brindar un correcto diagnóstico individual. Sin embargo, esa conclusión no impide que se siga trabajando en aquella dirección, por ejemplo, en drogadictos; o bien, pueden mencionarse los correlatos neuronales de dimensiones clásicas de personalidad tales como la neurosis lo que permitiría una clasificación más exacta de un amplio subconjunto de sujetos examinados (CAPÓ y otros, 2006).

A su vez, es evidente que la comprensión del funcionamiento cerebral por medio de las técnicas de Neuroimagen facilitan la exploración de la actividad cerebral en tiempo real y en vivo (es el caso —por ejemplo— de la Resonancia Magnética Funcional) y que han permitido encontrar algunas respuestas a los interrogantes científicos.

La inducción de una actividad cerebral mediante el análisis de disímiles tareas o paradigmas experimentales se ha considerado de suma importancia a los efectos de desentrañar los efectos básicos de aquella actividad.

En línea con lo expuesto, se sostiene que la Neuroimagen puede evaluar los efectos de las sustancias psicoactivas sobre el cerebro humano; establecer relaciones entre la respuesta conductual y los efectos sobre determinadas regiones cerebrales, tanto sobre su funcionalismo como sobre determinados neurotransmisores; evaluar los efectos de la abstinencia de una sustancia o del tratamiento con un fármaco; estudiar los cambios neuroquímicos y funcionales y aplicar los nuevos conocimientos para el desarrollo y evaluación de nuevas intervenciones terapéuticas. Es de advertir un futuro promisorio en el campo de las investigaciones en materia de Neuroimagen del cerebro (GUARDIA SERECIGNI, 2000).

A su vez, y en otra prueba más de la interdisciplinariedad de la que ya dimos cuenta, los neurocientíficos se han relacionado con otros científicos que trabajan en ciencia matemática o computacional a efectos de analizar los resultados obtenidos en el campo de la Neuroimagen.

Excedería a nuestro objetivo detenernos en un análisis pormenorizado de la resonancia magnética y su aplicación a los efectos de obtener imágenes médicas. Así por ejemplo la llamada Resonancia Magnética Funcional que permite detectar cambios en la distribución de flujo sanguíneo cuando el individuo realiza diferentes tareas y de acuerdo a su motivación o a determinados paradigmas emocionales o cognitivos (GIMÉNEZ AMAYA, 2010)

Los estudios de Neuroimagen basados en la Resonancia Magnética Funcional ha sido importante para el desarrollo de la Neurociencia cognitiva.

La tecnología de la Neuroimagen y los avances Neurocientíficos han permitido llegar a la literatura jurídica comparada hablar de Neurolaw y aludiendo a un específico ámbito de intersección entre Neurociencia y el Derecho. Más exactamente se trata de las relaciones entre Medicina, Neuropsicología, Rehabilitación y Derecho con el objetivo práctico de dar apoyo a las personas que actúan ante los Tribunales y han sufrido daños neurológicos que han provocado en el agente serios trastornos de conducta (NARVÁEZ MORA, 2012).

B. Neuroética

1. Introducción. No es ocioso remarcar que las neurociencias pueden favorecer el planteamiento de una nueva concepción del ser humano. A su vez, los conocimientos y procedimientos de las Neurociencias nos permiten vislumbrar el surgimiento de la Neuroética como disciplina que le agrega una singular mirada a la técnica que las Neurociencias proponen.

En sentido amplio, se ha dicho que así como la Bioética define a la ética de las ciencias biomédicas, uno de los propósitos de la Neuroética radica en entender la ética de las Neurociencias; siendo su objetivo atender a los dilemas que surgen de las más diversas vertientes de las disciplinas involucradas (MÁRQUEZ MENDOZA, 2011).

Así por ejemplo, el secreto profesional pierde sentido si se lo mira sólo como deber legal y sin subordinarlo a la ética; como si pudiera subordinarse lo bueno y lo malo a lo legal y lo ilegal.

Y a su vez, un enfoque interdisciplinario será más integral respetando la interioridad del ser humano (lo que implica decir a éste con todas sus grandezas, ambiciones, perversiones, etc.) lo que obliga al profesional a un abordaje amplio de la enfermedad y sus proyecciones.

Siguiendo a Slachevsky [2007], los problemas de la Neuroética pueden ser divididos en dos categorías:

— Los problemas relacionados con los avances técnicos de las Neurociencias, tales como, las implicancias del desarrollo de las Neuroimágenes Funcionales, de la Psicofarmacología, de los implantes cerebrales y de la interface cerebro-máquina.

— Los problemas filosóficos derivados del entendimiento de las bases neurobiológicas de la conciencia, de la personalidad y de la conducta.

Esa misma fuente cita como ejemplo el posible uso de fármacos para optimizar el funcionamiento cognitivo aún en sujetos sin lesiones cerebrales, como ser, ante trastornos atencionales o de memoria, y asimismo se cuestiona si el uso de esos fármacos puede afectar las relaciones sociales; o bien, los problemas de la Neuroética pueden estar relacionados con las implicancias de las Neurociencias en la medicina legal.

Entre los temas neurocientíficos de profunda repercusión ética se encuentran los relacionados con el enfermar de la conciencia o de la memoria, la lesión cerebral, el consentimiento informado y el secreto profesional en materia de psiquiatría, el tratamiento de afecciones neuropsiquiátricas en la infancia, el tratamiento de la enfermedad oncológica cerebral, la estimulación cerebral profunda, etc.

Surge entonces la inquietud de avizorar el impacto que consideraciones como las expuestas pueden provocar sobre el parecer jurídico, y por ello, merecer la atención del hombre de derecho.

De allí también otro interrogante, ¿puede hablarse de libre albedrío o de responsabilidad si se advierte que estamos condicionados por circuitos neuronales advertidos por la técnicas neurocientíficas?

De sopesar cambios en la concepción de libre albedrío o de responsabilidad es evidente el consecuente efecto que tales mudanzas pueden provocar en el abordaje jurídico.

2. Hacia un marco definitorio de la Neuroética. En una reunión celebrada en mayo del año 2002 en la ciudad de San Francisco (California), el vocablo “Neuroética” comenzó a ser invocado por muchos investigadores neurocientíficos y de otros provenientes de diferentes campos sea humanísticos, jurídicos, sociales o periodísticos.

Siendo un Congreso patrocinado por la Dana Foundation y organizado por las Universidades de Stanford y California tuvo como eje analizar las implicancias éticas de las investigaciones sobre el cerebro y bajo una idea central: neuroethics: mapping the field.

Se la definió como el estudio de las cuestiones éticas, legales y sociales que surgen cuando los hallazgos científicos sobre el cerebro son llevados a la práctica médica, a las interpretaciones legales y a las políticas sanitarias y sociales.

Es que la idea se centró en mensurar apropiadamente el aspecto ético de aquellos descubrimientos, como así, en el examen de lo que es correcto o incorrecto, bueno o malo, acerca del tratamiento, perfeccionamiento, intervenciones o manipulaciones del cerebro humano.

Andrea Slachevsky recuerda que en la actualidad no existe consenso acerca de la definición de ésta disciplina, y a su vez, invoca una definición de Gazzaniga [2005], en su libro *Ethical Brain* quien dice que Neuroética es “el análisis de cómo queremos enfrentar la enfermedad, la normalidad, la mortalidad, el estilo de vida y la filosofía de vida informados por nuestra comprensión de los mecanismos cerebrales subyacentes”. En resumen, “es —o debería ser— un esfuerzo por elaborar una filosofía de vida basada en el cerebro”.

Se trata nada más ni nada menos que del estudio de las cuestiones éticas, legales y sociales que surgen a raíz de los descubrimientos de la Neurociencia.

Las cuestiones jurídicas se patentizan cuando los hallazgos científicos (o las prácticas médicas) provocan efectos legales; y no es extraño vincular aquellos, con cuestiones éticas vinculadas al progresivo conocimiento de las bases neurobiológicas del comportamiento o con el amplio abanico de los derechos de la personalidad.

Referida a elaborar principios referidos a las consecuencias que genera la enfermedad del sistema nervioso, la visión de la Neuroética se complejiza al articularse con temas de hondo contenido filosófico: la conciencia de sí mismo, el enfermar psiquiátrico, la libertad, la mejora cerebral en el futuro y la posible manipulación mediante intervenciones externas sobre nuestro cerebro.

De allí que no es extraño sostener que aquella es fruto de la relación entre la Neurociencia y la Filosofía sobre todo al ingresar la dimensión ética al contexto de la primera, y todo, en una clara muestra del diálogo interdisciplinario tantas veces mentado.

A la Neuroética se la entiende como una parte diferenciada de la Bioética por cuanto el análisis ético de la ciencia neural se focaliza en problemáticas especiales que van desde la autoconciencia hasta la base neuronal de nuestras personalidades y conductas.

La preocupación por los problemas éticos de la Neurociencia puede deberse a la repercusión que sus conclusiones arrojan sobre la interioridad del hombre, a su enfermar mental basado en su biología cerebral o en sus funciones cognitivas y emocionales.

Piénsese por ejemplo en la posibilidad de estigmatizar a las personas antes de que actúen por el sólo hecho de adolecer una determinada dolencia; o ante la posibilidad de que nuevos tratamientos puedan alterar la biología cerebral.

Esa dimensión ética de la Neurociencia desemboca naturalmente en la formación de una subdisciplina bioética específica: la Neuroética.

Esa misma línea recuerda que los grandes enigmas que plantea la mente humana y la irrupción social de enfermedades mentales con terapias que resultan eficaces mediante la modificación de la biología cerebral, centra el desarrollo de la Neuroética en un contexto interdisciplinar mucho más amplio que las llamadas relaciones mente-cerebro. A su vez, los problemas éticos ligados al estudio del sistema nervioso (a su enfermar, a su manipulación, a su relación con otras disciplinas) se vayan configurando paso a paso como problemas éticos de gran relevancia. De allí que la dimensión ética de la Neurociencia desemboca naturalmente en la formación de una subdisciplina bioética específica (SÁNCHEZ-MIGALLÓN GRANADOS, 2008).

En línea con lo expuesto, Sánchez-Migallón Granados y Giménez Amaya [2008] se preguntan ¿Cómo podemos enfocar las realidades humanas éticas (tales como la decisión libre, el sentimiento de culpa, el sentido de responsabilidad, la conciencia del deber u obligación moral, las convicciones acerca de lo correcto y de lo bueno, la búsqueda de la felicidad humana, etc.) basándolo en una estructura biológica —o al menos buscando sólo su relación con ella— de la que ni siquiera podemos presentar una teoría coherente de su funcionamiento global. De allí también la necesaria alianza de la Neurociencia con la Filosofía (en general). Ante preguntas difíciles (como por ejemplo, ¿qué es

el hombre?, ¿existe la libertad?, ¿podemos controlar nuestro cerebro?, ¿es posible utilizar la Neurociencia para luchar contra el crimen u otras lacras sociales? Son todos interrogantes que justifican la alianza entre Neurociencia y Ética.

3. *Ética de la Neurociencia y Neurociencia de la Ética.* Siguiendo a Adela Cortina [2010] en el campo de éste nuevo saber se van perfilando dos ramas, entrecruzadas entre sí, pero que modulan de diferente forma la relación entre neurociencia y ética.

— Ética de la Neurociencia: se trata de desarrollar un marco ético para regular la conducta en la investigación neurocientífica y en la aplicación de conocimiento neurocientífico en seres humano. Es una valoración ética de las nuevas técnicas.

— Pero también puede hablarse de una Neurociencia de la Ética y ésta se referiría al impacto del conocimiento Neurocientífico en nuestra comprensión de la ética misma. Es decir se ocupa de las bases neuronales de la agencia moral. Es como decir (nada más ni nada menos) que la neurociencia nos proporcionaría el funcionamiento cerebral para una ética normativa, el conocimiento de los mecanismos cerebrales nos indicaría qué debemos hacer moralmente.

Surge entonces un interrogante ya atisbado: ¿puede decirse que las exigencias que plantea la moral encuentra su fundamentación en los mecanismos cerebrales?; y a su vez, ¿se puede hablar de una ética universal con bases cerebrales?

No es del caso penetrar aquí en éstos hondos dilemas filosóficos, que como tales, exceden a las finalidades aquí propuestas; pero que son indicativos de la necesidad de un abordaje integral de la problemática.

Se puede diferenciar la neuroética aplicada la neuroética fundamental, ocupándose ésta última de brindar los fundamentos teóricos adecuados que se requieren para poder encarar convenientemente los problemas de aplicación.

V. Replanteo del problema

A fin de darle un correcto encuadre de la cuestión, no puede negarse que el ambicioso planteamiento esbozado exige detenernos y situarnos desde una óptica más amplia.

Si las Neurociencias permiten un conocimiento más exacto del cerebro y de sus correlatos funcionales es posible vislumbrar las implicaciones éticas, legales y sociales de tal avance.

A su vez, creer que el comportamiento sólo puede hundir sus raíces en las conexiones neurológicas puede generar serias discrepancias aunque no se puede obviar a las investigaciones que pueden hacer cambiar el eje del discurso.

Es que si el comportamiento es impulsado por redes del cerebro, ¿puede el nuevo análisis de los datos así obtenidos tener efectos sobre la legislación? ¿Las investigaciones no permitirán vislumbrar un comportamiento que permita inferir las causas sin esperar a los efectos? Si es así, el eje pasa por advertir un problema que puede generar importantes consecuencias sobre el modo de concebir el fenómeno jurídico.

En esa línea de cuestiones, el filósofo externalista Alva Noë ha sostenido que para entender el fenómeno de la conciencia no debemos mirar hacia dentro, hacia los recovecos de nuestro interior, sino que debemos dirigir nuestra atención a las maneras en que cada uno de nosotros, en calidad de animales integrales, lleva a cabo el proceso de vivir, en, con y en respuesta al mundo que nos rodea. No somos nuestro cerebro, sino que el cerebro es una parte de lo que somos (NOË, 2010).

Bajo ese entendimiento, si queremos entender la conciencia humana tenemos que dirigir nuestra atención no sólo al cerebro sino a éste en su contexto en una constante interacción con el medio en el cual se desenvuelve.

En ese sentido parece correcto el viraje que a la cuestión se le da desde la Neurociencia cognitiva.

Es que el cerebro es un sistema abierto. Lo importante para que haya consciencia no es la actividad neuronal en sí sino la acción e interacción del sujeto con el mundo que lo rodea. La labor del cerebro es facilitar una pauta dinámica de interacción entre cerebro, cuerpo y mundo (Noë, 2010).

Kathinka Evers [2010] destaca que en una nueva concepción del cerebro a lo largo de la segunda mitad del S. XX se desarrollaron modelos del cerebro que lo describen como dinámico y variable, activo de manera consciente y no consciente y que recibe el impacto social sobre su arquitectura. El cerebro tiene propiedades plásticas, creativas, emocionales y con características culturalmente inducidas. Hay un impacto social que recae sobre la arquitectura del cerebro y en una simbiosis sociocultural-biológica.

Creemos que estas consideraciones deben ser tenidas en cuenta para ajustar adecuadamente la problemática de la enfermedad mental.

Además, un juicio neurocientífico cerrado correría el riesgo de ignorar la diversidad cultural, olvidando también que el ser humano es esencialmente biográfico y que va construyendo paulatinamente su personalidad.

De allí que si se habla de interdisciplinariedad debe ésta entenderse como una interpelación mutua de las diferentes áreas de conocimiento y una epistemología inmersa en valores. En esto nos parece acertada la posición de Comins Mingol [2013].

Puede a su vez cuestionarse si estamos ante procesos cognitivos unitarios y concretos, o ante fenómenos que emergen de muchos mecanismos psíquicos articulados en el tiempo y en el espacio. O también, en qué medida contribuyen la herencia y el aprendizaje de cada individuo en la actividad neuronal.

De todas formas y desde el punto de vista del hombre de Derecho, todo imperativo es mensurable si el Juzgador actúa con prudencia pues los hallazgos neurocientíficos coadyuvarán a un análisis de la actividad cerebral pero el jurista debe ajustar su juicio midiendo las implicaciones no sólo jurídicas sino también éticas y sociales.

Y de encontrarse las claves cerebrales, ¿de qué manera incide el hallazgo sobre el edificio teórico-conceptual del Derecho?; ¿En qué medida es posible saber dónde termina la cognición y empieza la emoción en el proceso de realización del Derecho? O bien, ¿qué alcance puede llegar a tener esa perspectiva neurocientífica para el actual edificio teórico y metodológico de la ciencia jurídica? (ATAHUALPA FERNÁNDEZ, 2006).

Son todos interrogantes que por el momento no tienen una respuesta concreta.

Sin dejar de advertir que toda conducta se desarrolla en un contexto vital, ético y cultural se ha sostenido con cierta audacia que los nuevos avances en materia de Neurociencia cognitiva permitirán una nueva comprensión de la mente y del cerebro y traerá consigo la promesa de cruciales aplicaciones prácticas en el ámbito de la interpretación y aplicación jurídica: constituyen una oportunidad para refinar nuestros razonamientos éticos-jurídicos y establecer nuevos patrones y criterios metodológicos sobre cimientos más firmes (ATAHUALPA FERNÁNDEZ, 2006).

VI. Conclusión

Es evidente que para abordar la problemática de la salud mental es indispensable considerar y conocer plenamente al órgano que la hace posible.

Y atento a ello hacemos nuestra la conclusión según la cual, poco a poco, el cerebro humano comienza a comprenderse a sí mismo. Es un acontecimiento único en la historia y todavía nos hallamos al comienzo de este proceso (EVERS, 2010).

Esa misma línea dogmática recuerda que el cerebro es el órgano de la individualidad: de la inteligencia, de la personalidad, del comportamiento y de la conciencia.

De manera consecuente, puede decirse que es exacta la idea según la cual la neurociencia puede brindar un significativo apoyo científico a la legislación y a la argumentación jurídica. Es que aquella busca explicar los mecanismos neurales en los que se debe apoyar el juicio normativo. Pero ello en un contexto ético que justifique axiológicamente el análisis propio del operador jurídico.

Se habla incluso de la base neural de la conducta moral. Se sostiene que la moral está asentada en nuestra biología, en nuestra capacidad para sentir compasión, en nuestra capacidad para aprender o imaginar (CHURCHLAND, 2012:218).

De ser así, si se analiza la casuística correspondiente al enfermo mental la sentencia debe juzgar la minusvalía pero también ameritar las posibles fortalezas de aquél, y así por ejemplo, el análisis neurocientífico volcará sus esfuerzos en vislumbrar si el hemisferio cerebral que domina la capacidad creativa está o no afectado; o si es posible (pese a la patología) acrecentar en él las destrezas y la motivación. Puede hablarse de una integración de la ciencia y el arte (TORNESE, 2006).

Esto exige, desde luego, una vasta experticia.

Bajo tal lineamiento, puede también señalarse que si se resuelve acerca de una adicción el operador jurídico deberá comprender las bases neurales de la conducta lo que coadyuvará a vislumbrar la problemática precisa del adicto.

Por otra parte, no puede obviarse la posible implicancia sociocultural y muy especialmente las del medio ambiente que ayudan a personalizar la patología de enfermo mental.

En fin, se impone una óptica más exacta de la concreta situación de quien padece el trastorno y una solución basada en aquellos recursos que posee.

Todo ello con apoyo en una ética que la haga sostenible y que provea al enfermo de una vida digna.

De allí que insistimos: el operador jurídico no puede desentenderse de la concreta casuística y en tal sentido ajustar celosamente su decisorio a la problemática en cuestión.

VII. Bibliografía

AVENDAÑO, Carlos, 2002. "Neurociencia, neurología y psiquiatría: un encuentro inevitable", En: *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría* [on line]. Madrid, Nº 83. Disponible en: www.scielo.isciii.es [Fecha de consulta: 16/12/2013].

CAPÓ, Miguel, NADAL, Marcos, RAMOS, Carlos, FERNÁNDEZ, Atahualpa y CELA CONDE Camilo José, 2006. "Neuroética. Derecho y neurociencia", nN: *Ludus Vitalis* [on line]. España, Vol. XIV, nº 25. Disponible en: www.ludusvitalis.org; www.afib-filosofia.org. [Fecha de consulta: 25/02/2014].

CIFUENTES, Santos, RIVAS MOLINA, Andrés y TISCORNIA, Bartolomé, 1990. *Juicio de insania y otros procesos sobre la incapacidad*. Buenos Aires: Hammurabi.

COMINS-MINGOL, Irene, PARÍS-ALBERT, Sonia, 2013. "Los desafíos de la neurociencia. Un análisis desde la filosofía para la paz", EN: *Convergencia. Red de Revistas Científicas* [on line]. México, Nº 62. Disponible en www.redalyc.org. [Fecha de consulta: 25/02/2014].

CORTINA, Adela, 2010. "Neuroética: ¿las bases cerebrales de una ética universal con relevancia política?", EN: *Isegoria. Revista de filosofía Moral y Política* [on line]. España, Nº 42. Disponible en: www.isegoria.csic.es [Fecha de consulta: 28/02/2014].

CHURCHLAND, Patricia, 2012. *El cerebro moral*. España: Paidós.

EVERS, Kathinka, 2010. *Neuroética*. Madrid: Katz.

FERNÁNDEZ, Atahualpa, 2006. "Derecho y Neurociencia", EN: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* [on line]. Madrid, N° 9. Disponible en: www.rtf.d.es o www.monografias.com [Fecha de consulta: 28/02/2014].

GARCÍA Eric, 2007. "Neurociencia, Conducta e Imputabilidad", En: *Quark. Ciencia, medicina, comunicación y cultura* [on line]. Barcelona, n° 39. Disponible en: www.google.com.ar [Fecha de consulta: 01/12/2013].

GIL-VERONA, José Antonio y otros, 2003. "Neurobiología de la Adicción a las drogas de abuso", EN: *Revista de Neurología* [on line]. Barcelona. Disponible en: www.neurologia.com [Fecha de consulta: 17/12/2013].

GIMÉNEZ AMAYA, José Manuel y SÁNCHEZ MIGALLÓN, Sergio, 2010. *De la Neurociencia a la Neuroética*. España: Ediciones Universidad de Navarra.

GUARDIA SERECIGNI, Josep, SEGURA GARCÍA, Luisa y GONZALBO CIRAC, Belén, 2000. "Aplicaciones de las técnicas de neuro imagen en las conductas adictivas", EN: *Adicciones* [on line]. España, n° 3. Disponible en <http://www.adicciones.es> [Fecha de consulta: 15/02/2014].

KRAUT, Alfredo Jorge, 2006. *Salud Mental. Tutela Jurídica*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

MÁRQUEZ MENDOZA, Octavio, 2011. "El caso Tarasoff: una reflexión bioética jurídica y psicoanalítica", EN: *Bioética y salud* [on line]. México. Disponible en: http://salud.edomexico.gob.mx/salud/doc/cobiem/revista/revista_bioetica_1.pdf [Fecha de consulta: 26/02/2014].

NARVAÉZ MORA, Maribel, 2012. "El impacto de la Neurociencias sobre el Derecho: el caso de la responsabilidad subjetiva", En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* [on line]. n° 15. Disponible en: www.rtf.d.es. [Fecha de consulta: 01/03/2014].

NOË, Alva, 2010. *Fuera de la Cabeza*. España: Kairós.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 2005. *Neurociencia del consumo y Dependencia de Sustancias psicoactivas*. Washington. Disponible en: www.who.int [Fecha de consulta: 15/11/2013].

SÁNCHEZ-MIGALLÓN GRANADOS, Sergio y GIMÉNEZ AMAYA, José Manuel (s/f): *Neuroética*. Universidad de Navarra. Philosophica. Disponible en: www.unav.es o www.philosophica.info/voce/neuroetica [Fecha de consulta: 24/02/2014].

SLACHEVSKY, Andrea, 2007. "La neuroética: ¿un neologismo infundado o una nueva disciplina?", EN: *Revista Chilena de Neuro Psiquiatría* [on line]. Chile, n° 1. Disponible en: www.scielo.cl [Fecha de consulta: 17/02/2014].

TORNESE, Elba Beatriz, 2006. *Neurociencia y Salud Mental*. Buenos Aires: Salerno.

VIII. Legislación consultada

Ley 26.657. Ley Nacional de Salud Mental. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 03/12/2010.

Ley 26.378. Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por Resolución de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, 09/06/2008.

Dec. 603/2013. Reglamentación de la Ley de Salud Mental, Boletín Oficial, 29/05/2013.

IX. Jurisprudencia consultada

CSJN, 12/06/2012, B., J. M. s/Insania [on line]. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, 2012-E, 165.

CNCiv., Sala B, 08/08/2012, N., L. s/ Insania [on line]. Disponible en www.eldial.com. [Fecha de consulta: 26/02/2014].

Individualismo, personalismo y solidaridad: una aproximación al “ser nacional”

POR ALBERTO RICARDO DALLA VÍA (*)

Resumen: En los comienzos del siglo XX, muchos intelectuales pusieron su atención en caracterizar un “ser nacional” o prototipo humano argentino. El tema no dejó ni deja aún de encender hondas polémicas.

Los datos que se relataran en el presente trabajo demostrarán que entre nosotros la pertenencia a una “parte” es más importante que la pertenencia al “todo”. Y tal vez por ello en alguna medida explica que nuestra capacidad individual se pierde ante el fracaso de organizarnos colectivamente. Se destaca, entonces, el egoísmo como nota relevante y característica del argentino promedio -especialmente del porteño pero no excluyente de los demás- que suele ser caracterizado por quienes nos observan desde otras latitudes.

Otro factor muy importante a relacionar es el personalismo heredado del pasado colonial y caudillista y que lleva a verdaderos niveles de exageración.

Sin perjuicio de todo ello, y como contraste a tanta banalidad se destaca, también, el gran sentimiento solidario de una parte importante de la población con afán participativo y comprometido.

Palabras clave: Individualismo – Personalismo – Solidaridad – Tradición y Costumbres – Ser Nacional.

INDIVIDUALISME, PERSONNALISME ET SOLIDARITÉ: UNE APROXIMATION A L'ETRE NATIONAL

Résumé: Au début du XXème siècle, nombre d'intellectuels ont mis leur attention pour caractériser un “être national” ou prototype humain argentin. Le sujet continue à déclencher de profondes polémiques.

Les données qui seront exposées dans le présent travail démontreront que parmi nous, l'appartenance à une partie est plus importante que l'appartenance à l'ensemble. Et peut-être cela explique-t-il que notre capacité individuelle se perd devant l'échec de notre organisation collective. On remarque alors l'égoïsme comme caractère distinctif de l'argentin moyen, particulièrement du *porteño* mais n'excluant pas les autres, caractère distinctif qui est en général octroyé par ceux qui nous observent dans le monde.

Une autre caractéristique très importante qu'il faut tenir en compte est le personnalisme hérité du passé colonial et du passé des *caudillos* et qui mène à l'exagération.

Tout en tenant compte de cela et en revanche avec tant de banalité, on remarque aussi le grand sentiment solidaire d'une partie importante de la population qui a la volonté de participer et de s'engager.

Mots clés: Individualisme – Personnalisme – Solidarité - Tradition et Coutumes - Être National.

(*) Juez de la Cámara Nacional Electoral. Profesor Titular de Derecho Constitucional (UBA). Académico de Número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

En los comienzos del siglo XX, muchos intelectuales pusieron su atención en caracterizar un “ser nacional” o prototipo humano argentino. En ello tuvo influencia el pensamiento nacionalista que por ese entonces recibiría la influencia del francés Charles Maurrás.

De alguno u otro modo, la exaltación de un prototipo de argentino alcanzaría su concreción en las supuestas virtudes vernáculas de gauchos y criollos que construirían la idea de “tradición nacional” frente a la importación de otros conceptos como la “raza” hispánica o la mirada puesta hacia los europeo.

En esa exaltación vernácula, aparecían los extranjeros, especialmente los inmigrantes a quienes se denominaba “gringos”, como portadores de nuestras mayores desgracias y retrocesos morales y a quienes, por lo tanto, correspondía relegar.

En la literatura, ninguna obra resultó ser más significativa que el “Martín Fierro” de José HERNÁNDEZ en donde se destaca el espíritu de libertad del gaucho sin fronteras, habitante de nuestras extensa pampas, quien por obra y gracia de las nuevas leyes se convierte subrepticamente en “vago” y “perseguido” y es obligado a abandonar su rancho y a los suyos para marchar a la línea de fronteras a combatir a los indios con quienes comparte modalidades de la vida salvaje.

El tema no dejó ni deja aún de encender hondas polémicas. Uno de nuestros más brillantes hombre de letras, Jorge Luis BORGES señalaría que el libro cumbre de la literatura argentina debería ser el “Facundo”, escrito por Domingo Faustino SARMIENTO —subtitulado “Civilización y Barbarie”— en lugar del “Martín Fierro”, al que más allá de su belleza poética consideraba un catálogo de vicios y de las peores actitudes incivilizadas de nuestra idiosincrasia, como se refleja en los “consejos del Viejo Vizcacha” que recomienda “hacerse amigo del juez”, entre otras ideas “prácticas” en lugar de cumplir las leyes.

Es justo reconocer que Sarmiento, preocupado por formar una nación moderna con habitantes que fuesen a su vez ciudadanos de una democracia representativa; prefirió recurrir a la recomendación de atraer como inmigrantes a agricultores y obreros europeos y maestras norteamericanas.

En ese contrapunto de “civilización o barbarie”, en no pocas oportunidades manifestó su desprecio al gaucho matrero; frecuentemente integrante de las “montoneras” que comandaban los caudillos provinciales del interior. En esa línea sus detractores revisionistas suelen traer a colación una carta recomendando no ahorrar sangre de gauchos en la guerra de exterminio librada principalmente contra las montoneras del General Ángel Vicente Peñaloza y del Coronel Felipe Varela.

Fue precisamente durante la presidencia de Sarmiento que tendría lugar el ataque de la “última montonera” en tierras del litoral, al mando de Ricardo López Jordán y que el ejército nacional barrera con la notable ventaja de los fusiles recientemente adquiridos y de las ametralladoras que enfrentaban los avances de hombres armados con lanzas y boleadoras.

En la línea de exaltación gauchesca, cabe mencionar y otorgar un papel relevante en nuestra literatura al poema “Santos Vega”, de Rafael OBLIGADO, en el que el gaucho, en este caso un renombrado payador, hábil con su guitarra y de gran reputación en las pampas, se ve ante el inexorable trance del destino de tener que enfrentarse en una “payada” con “Juan Sin Ropa”, quien no es sino la personificación endemoniada de “el progreso”.

Y en esa célebre payada se produce el triunfo del progreso sobre la tradición, resonando para siempre en la pampa el cantar popular “Santos Vega el payador, aquél de la larga fama, murió cantando su amor, como el pájaro en la rama”.

Y la lista podría ampliarse largamente, sin dejar de incluir en la misma a los dos “Fausto” el de Estanislao DEL CAMPO y el de Hilario ASCASUBI y, años más tarde, al “Don Segundo Sombra” de Ricardo GÚIRALDES.

Leopoldo LUGONES combinaría genio literario con reivindicaciones nacionalistas que lo acercaría a límites muy peligrosos como anunciar desde un teatro de Lima, al cumplirse el centenario de la

batalla de Ayacucho, que había llegado “La hora de la espada” en América Latina, abriendo un cauce ideológico a las ideas nacionalistas que a larga terminarían justificando, al amparo de las mismas, las intervenciones armadas en el continente.

Particularmente importantes han sido las influencias que tendrían las obras de dos grandes escritores argentinos.

En “Radiografía de la Pampa”, Ezequiel MARTÍNEZ ESTRADA, realiza una profunda búsqueda y exploración en las profundidades de nuestros defectos y virtudes para apelar a las fuerzas telúricas, que se enfrentan con fuerzas mecánicas, pujando una difícil pulseada por el despertar de la conciencia nacional.

Con un estilo tal vez menos duro y riguroso pero de mejor construcción literaria; Eduardo MALLEA en su “Historia de una Pasión Argentina” así como también en “La Vida Blanca”, encuentra las fortalezas del carácter nacional y de una conducta moral íntegra en las tradiciones.

La línea de reivindicación del pasado, aún con sus diferentes matices, ha permanecido en los debates culturales y también en la consideración social, erigiendo al gaucho en prototipo de valores ancestrales —el coraje, la lealtad a una causa, el cumplimiento de la palabra empeñada, el amor a la tierra, el patriotismo— frente a la mixtura provocada por el advenimiento de la inmigración y del progreso.

La consideración de la Argentina como un “crisol de razas”, respondiendo al objetivo preambular de invitar “a todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”, mostraba una nueva sociedad, como lo ilustrara muy bien Florencio SÁNCHEZ en “M’hijo el dotor”.

Esa realidad también tenía el contraluz del hombre medio que se sentía postergado y ajeno a la escena, principalmente en el hombre del interior que también inmigraba desde los pueblos hacia Buenos Aires, atraído por el proceso de industrialización y los derechos sociales. Esos contrapuntos fueron magistralmente tratados por los escritores de tránsito entre el predominio radical y el nacimiento del peronismo como “El medio pelo” de Arturo JAURETCHE y “El Hombre que está solo y espera” de Raúl SCALABRINI ORTIZ.

El complejo caleidoscopio de personajes y de líneas culturales de influencias recíprocas, sería también caracterizado por la literatura de izquierda en los escritos de Jorge Abelardo RAMOS y de José Luis HERNÁNDEZ ARREGUI, en la búsqueda de la formación de una conciencia nacional que superara el modelo económico agroexportador condicionante de una “oligarquía rural” cuyas contradicciones no permitieron el desarrollo pleno de un proletariado industrial ni completar siquiera el ciclo económico de la industrialización.

En todo caso, la búsqueda del “ser nacional” sigue siendo en buena medida un tema abierto y no es baladí reconocer que el poco tiempo transcurrido desde nuestra emancipación, hace que tengamos una identidad como país que no es equiparable al desarrollo histórico de los estados nacionales europeos, cuyos límites geográficos, en cada caso, encierran y comprenden nacionalidades consolidadas étnica, geográfica, cultural, histórica y políticamente.

Uno de los reflejos más palpables de tal observación es el criterio jurídico utilizado, en uno y otro caso, para la obtención de la ciudadanía. Así, la mayor parte de los países europeos suelen fundarla en el derecho de la sangre o del parentesco (*ius sanguinis*), en tanto que, los países de inmigración, como la Argentina, fundamentamos el derecho a adquirir la ciudadanía en el nacimiento en el territorio nacional (*ius soli*) conforme lo establece expresamente el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional al obligar al Congreso seguir este principio en las leyes que sancione sobre este tema.

En el destacado libro sobre los Federalismos en América Latina, Marcelo Carmagnani explica al principio de la obra que el término “argentino” se aplicaba durante mucho tiempo de manera exclusiva a los habitantes de Buenos Aires, del Litoral y del entorno pampeano del Río de la Plata, siendo perceptible la relación entre argentinos (originarios de la tierra del plata) y Argentina (de *argentum*) como tierra del plata.

En esta consideración, no debe olvidarse la anterior denominación de nuestro país, que antes de ser “Confederación Argentina” fue “Provincias Unidas del Río de la Plata”, siendo que sería el proyecto político de la generación del ochenta el que desplegaría el desarrollo económico, político y social sobre la llanura pampeana, diseñando sobre la misma un sistema completo de silos para el almacenamiento de granos y de líneas de ferrocarriles y de rutas convergentes sobre Buenos Aires y los otros puertos principales como Quequén, Rosario y Bahía Blanca. En ese marco nacieron las principales poblaciones.

El país pensado por la generación de 1837 y puesto en marcha por la generación de 1880 tuvo un escenario nuevo que fue la Pampa Húmeda. No se construyó sobre “lo tradicional y lo serrano” representado por las provincias históricas, anteriores en el tiempo y en la historia, que se ubicaban a lo largo del camino real hacia el Alto Perú y hacia Lima, antigua Capital del Virreinato; Fuertes vestigios de nuestro pasado y tradición colonial se encuentran en Córdoba, Tucumán; Salta y Santiago del Estero; pero no fue sobre esas provincias en donde se construyó la nueva nación que se ubicaba a la cabeza del mundo iniciado el siglo XX como resultado de un modelo agro-exportador exitoso.

Claro está que los argentinos no son únicamente los porteños, aunque de allí provenga la denominación. Sostener eso sería tocar un punto neurálgico, habida cuenta de las disputas históricas entre porteños y provincianos que aún subsisten y que Félix Luna también sintetizara en uno de sus libros titulado “Buenos Aires y el País”.

Las luchas entre “unitarios y federales” no fueron en realidad una disputa técnica sobre una forma de estado o de gobierno sino el enfrentamiento entre un modelo ilustrado centralizado que miró a la revolución francesa y un interior que defendía sus economías regionales y sus tradiciones, además de la religión católica.

Son argentinos todos los habitantes de nuestra tierra en la extensión que universalmente hoy se reconoce al término, aun cuando se destaquen distintas regiones, características, tipos humanos y formas de ser.

Hay una región del “tango”, otra del “chamamé, otra de la “zamba” y también una región del “carnavalito”, entre otras, cada una con sus características folklóricas, sus hábitos y sus costumbres pero integrando una misma nacionalidad, ya que como reza el art. 8º de la Constitución Nacional, la condición de ciudadano de una provincia es equivalente a la condición de ciudadano en las demás.

Lo notable, en todo caso, es que existan ciertas características, que más allá de que pueda gustarnos aceptarlas como propias o no, se han evidenciado a lo largo de los años, entre las que se destaca como patrimonio común de los argentinos, una particular y marcada inclinación hacia el egoísmo y a la autovaloración.

Un primera respuesta fácil y frecuente frente a esa objeción es la de defendernos señalando que, como somos un “crisol de razas”, por lo tanto estamos lejos de representar un prototipo humano definido, en tanto que, y en cambio, reunimos las particularidades de la mezcla de distintas razas y nacionalidades.

Sin embargo, es un rasgo de sinceridad y de honestidad reconocer que esa respuesta encerraría un gran margen de vaguedad al tiempo que resulta ser insuficiente para dar una explicación acabada o una respuesta cuanto menos satisfactoria a nuestras tendencias egoístas.

Así, a la cerradez, desconfianza e introspección del gaucho, podríamos agregar y confrontar la actitud escondedora y negadora de los marginales y lumpenes del puerto de Buenos Aires, cuya expresión pseudo-cultural más acabada y definidora se encuentra en el “lunfardo”, un lenguaje creado para despistar y engañar a la policía; también expresión de un tipo humano compuesto de hombres solitarios y desamorados, plagados de desconfianzas y obligados a enfrentar con coraje la adversidad.

Cuando en 1910, al cumplirse el primer centenario de la Revolución de Mayo, Juan Agustín GARCÍA relataba en “La Ciudad Indiana” como una de las características más negativas de nuestra sociedad “el desprecio a la ley y el culto al coraje”, puso sobre el tapete, con toda crudeza y realismo pero con una gran visión de analista de nuestra realidad, la incapacidad para someterse al juego colectivo a través de las leyes para emprender el proyecto sugestivo de vida en común.

Es curioso que al mismo tiempo; un gran argentino en muchas facetas, jurista, literato, político y escritor; el último gran representante de la generación de 1880; Joaquín V. GONZÁLEZ en un conjunto de artículos publicados en “La Nación” para revisar el primer centenario y que se denominara “El Juicio del Siglo” pusiera de relevancia trágica la llamada “ley del odio” más propensa a enfrentar y a destruir que a construir un proyecto colectivo.

Parecería que una cierta fuerza ermitaña y desconocida, que parte en buena medida de una desconfianza que en lugar de procurar acercarse para comprender las razones del otro; prefiere manifestar rechazo como acto reflejo y hasta en muchos casos, acompañando el gesto enemistoso fundado y preventivo con una extraña y llamativa carga de resentimiento, que lleva a no ceder ninguna posición individual en aras del bien común, siendo que ese es, precisamente, el meollo del problema o el “quid” de la cuestión: no puede alcanzarse ningún proyecto colectivo o solidario sin desmedro de sacrificios y cesiones en el ámbito de las posiciones personales.

La soledad y la nostalgia que portaba el inmigrante tampoco ayudaron a mejorar la situación, más allá de que las palabras del preámbulo invitaban abiertamente a “todos los hombres del mundo que quisieran habitar el suelo argentino”.

El estado de ánimo de los recién llegados, generalmente hombres que dejaron atrás a sus familias y sus terruños para adelantarse en conseguir un trabajo y un lugar que les permitiera trasladarlos después. La nostalgia o “morriña” del suelo dejado atrás, darían paso a la esperanzada tierra de promisión, con muchas dudas sobre saberse queridos o rechazados.

En los hechos, y en la mayor parte de los casos, los inmigrantes tendieron a agruparse y reunirse en colonias, clubes, asociaciones y sociedades de fomento, compartiendo gran parte de su tiempo y actividades con miembros de sus comunidades de origen.

Se daba así la particularidad de que un pueblo generoso, que abrió canales de ascenso social a través de la implementación de amplias políticas de educación gratuita y de instrucción pública en todos los niveles, así como una amplia apertura a los mercados de trabajo urbanos y rurales, mantenía, sin embargo, prejuicios sociológicos que arrancaban desde una idiosincrasia muy cerrada y muy anterior que probablemente provenía del pasado colonial y la herencia hispánica.

Hubo así un cierto rechazo por parte de los criollos hacia los “gringos” que en algunos casos se manifestaba de manera despectiva o de desprecio, como de los inmigrantes de origen europeo a relacionarse con los “cabecitas negras”; de manera que los matrimonios entre los miembros de las respectivas comunidades de origen serían la regla en un principio, aunque más tarde la situación iría paulatinamente modificándose; derivando hacia una mayor integración y apertura, especialmente en ciertas comunidades, como los italianos y los españoles.

Así, se daba la paradoja que, mientras el escenario exhibía a una sociedad abierta con altos niveles de inclusión y de movilidad social; y con índices muy altos de crecimiento poblacional entre censo y censo; como consecuencia de las masivas oleadas inmigratorias que se incorporaban a la masa de habitantes, en el interior de la misma permanecían y se acrecentaban los prejuicios y los celos de una sociedad que no terminaba de articularse.

En “La Bolsa”, un libro que reúne una numerosa cantidad de episodios escritos por el periodista Julián MARTEL (seudónimo de José MIRÓ) en el diario “La Nación”, se ponían en evidencia los problemas de una sociedad que, por un lado exhibía un notable progreso económico, pero que por otra parte presentaba importantes vacíos morales e injusticias en su acuerdo de convivencia.

Y si acaso faltase agregar algún condimento adicional a este cóctel ya de por sí complejo, cabría destacar el dato frecuentemente citado en el ámbito de la historia política e institucional, cual es el “espíritu faccioso” que llevara al académico Félix LUNA a colocar como título de uno de sus libros más destacados, los “Conflictos y Armonías en la Historia Argentina,” que ejemplifica claramente nuestro derrotero como un permanente enfrentamiento entre tendencias en pugna, que sólo en algunas oportunidades excepcionales y minoritarias alcanzan principios de acuerdo pero que luego suelen desvanecerse.

Mi maestro, Alberto Antonio Spota, quien justamente solía caracterizar a la historia argentina como el resultado de enfrentamientos y transacciones entre tendencias opuestas y en pugna entre sí; acostumbraba en sus memorables clases o apelar al auxilio de la geometría, a las líneas paralelas, que conforme a la teoría, se encuentran en algún punto imaginario del universo, y así también nos lo hace ver un fenómeno de ilusión óptica, aunque ello raramente ocurra o suceda en un punto muy lejano e imprevisible.

A lo largo de nuestra historia como nación, siempre han existido grupos radicalmente enfrentados y que no pocas veces han resuelto sus diferencias de manera violenta, generalmente por medio de las armas y con dolorosos episodios de derramamiento de sangre. En su libro “Matar y Morir”, el académico Vicente MASSOT pasa revista a la recurrencia al crimen político como argumento recurrente de todos los sectores.

Ya desde las invasiones inglesas, ya antes del inicio del proceso emancipador, se produjeron enfrentamientos entre “linieristas y alzaguistas”; después serían “morenistas y saavedristas” una vez iniciada la Revolución de Mayo; las luchas entre “unitarios y federales” aluden a un largo período de divisiones y odio en la primera mitad del siglo XIX. Después serían “chupandinos y pandilleros” para distinguir a autonomistas y liberales porteños. Más tarde “radicales y conservadores”, “peronistas y antiperonistas”, etcétera.

La impronta de esos enfrentamientos destaca la preposición “anti” como argumento. Ha creado un comportamiento y una actitud conforme a la cual para los argentinos, la pertenencia a una “parte” vale más que el “todo”, llevando ese sectarismo a posiciones muy extremas en la confrontación, en donde el triunfo debe alcanzarse a cualquier precio y utilizando cualquier procedimiento, como lo reflejan las disputas internas que son frecuentes en el interior de muchos partidos políticos y organizaciones gremiales.

Un ejemplo paradigmático de lo que venimos diciendo se encuentra en el fútbol, un deporte que concita gran adhesión popular en nuestro país. Para los aficionados a un club suele ser a veces más importante su equipo que el seleccionado nacional y, si se trata de seguidores fanáticos o de “hinchas”, que no son pocos en nuestro país, muchas veces también se antepone la preferencia por la derrota del rival clásico que por sobre el propio triunfo del equipo de sus amores.

Este ejemplo, sencillo y habitual, pero no por ello menos triste, demuestra que entre nosotros la pertenencia a una “parte” es más importante que la pertenencia al “todo”. Y tal vez por ello en alguna medida explica que nuestra capacidad individual se pierde ante el fracaso de organizarnos colectivamente.

Los datos que hemos relatado contribuyen a explicar el *egoísmo* como nota relevante y característica del argentino promedio —especialmente del porteño pero no excluyente de los demás— que suele ser caracterizado por quienes nos observan desde otras latitudes, como una persona que se siente ubicada en el centro del mundo y que, además, se las sabe todas, y que, por supuesto, se siente siempre “más vivo” que los demás.

No hay dudas de que la llamada *viveza criolla* contribuye en este punto, como así también el talento individual de muchos argentinos que se han destacado en las más variadas disciplinas culturales, científicas y deportivas —casi siempre como consecuencia de grandes sacrificios y esfuerzos

individuales— pero que el resto de los compatriotas considera que les corresponde naturalmente compartir como propios, arrogándose los méritos de los mismos, haciendo indisimulada gala de ello.

La “cargada” a los demás, como consecuencia del triunfo de algún tercero a cuya parcialidad se adscribe, no es más que una manifestación de esa característica que, en el fondo, esconde una gran vulgaridad y, tanto más se expresa cuanto menos personalidad exhiba el sujeto, conforme lo pusiera de relieve José INGENIEROS en “El Hombre Mediocre”.

Esa absurda mirada de superioridad ha llegado al extremo de producir en algunos momentos, una llamativa y desmesurada exaltación chauvinista en situaciones determinadas, como son por ejemplo los campeonatos mundiales de fútbol y otros eventos similares.

En el caso particular del fútbol, me llama la atención que se invoque un historial de méritos fundado en la trayectoria y el prestigio argentino en las distintas competiciones en las que ha participado. De manera que personas que no sienten el mayor interés ni tienen ningún conocimiento sobre la rica historia de su país, reivindican un derecho a ser considerados y respetados en razón de nuestro derrotero deportivo, afirmando con total firmeza en ese caso que “tenemos historia”.

También es notable como otorgamos denominaciones o apodos a los habitantes de otros países, especialmente a nuestros vecinos en los que se entremezcla cariño fraterno con cierto aire superior de y hasta de subestimación que roza los límites de la xenofobia, aunque probablemente esa no sea la intención.

Así, los uruguayos son “yoruguas” los chilenos “chilotes”, los paraguayos “paraguas”, los bolivianos son “bolitas”, los peruanos son “perucas” y los brasileños son “brasucas” para extenderse más allá en el mundo a “chinos”, “ponjas”, “gallegos”, “tanos”, “polacos” o “rusos” aplicados con licencia de gran amplitud interpretativa y escaso rigor geográfico.

Estas notables —y lamentables— tendencias ególatras, basadas en un exceso de autoestima y en una falsa creencia de superioridad, conforme con la cual “Dios es argentino”, descansa en realidad en una disminuida valoración cultural y en una muy mala apreciación de nuestra ubicación universal. Hay, en el fondo un escaso conocimiento del mundo circundante que es tomado con un dejo de desdén e ironía tal vez basado en parte en nuestra lejana ubicación geográfica.

El comportamiento que exhiben muchos compatriotas cuando se trasladan al exterior de nuestro país es una muestra acabada de lo que venimos diciendo: se habla a los gritos y con poco respeto del entorno, realizando comentarios irónicos al amparo de la barrera idiomática y en muchos casos se han registrado verdaderas tropelías sobre la base del abuso de confianza de quienes se desenvuelven sin reglas ante personas acostumbradas a respetarlas.

Otro factor muy importante a relacionar es el *personalismo* heredado del pasado colonial y caudillesco que lleva a verdaderos niveles de exageración.

Una particularidad es que en este caso, el culto a la personalidad sobrepasa los niveles bajos y medios de la población para evidenciarse particularmente en los sectores más altos de la escala social, en donde produce verdaderas “hogueras de vanidades”, generalmente en el caso de personas que si bien pueden tener algún mérito, suelen exhibir, más bien, una elevada y desmesurada opinión sobre ellos mismos que en poco o nada contribuyen a nuestra realización colectiva y a que, generalmente, el punto de vista y atención se encuentra puesto, exclusivamente, en su provecho y éxito individual y —sobre todo— en el reconocimiento que alcancen y que, por supuesto, considerarán siempre como un acto de elemental y estricta justicia, fundado en un pretendido orden natural de las cosas.

No es difícil advertir en esto los altos niveles de “cholulismo” y de frivolidad que no son otra cosa que manifestaciones de incultura en una sociedad que pierde valores comunes de referencia, y en donde el éxito económico y la notoriedad pasan a ser el *leitmotiv* del trabajo de muchos.

Tengo para mí que tales desmesuradas egolatrías constituyen uno de los mayores obstáculos a nuestra realización colectiva.

Es lamentable la generalización de tales nefastos personajes, por lo general quejosos, malhumorados y reaccionarios; que suelen dar muchos discursos pero aportan muy pocas ideas. Contrastan notablemente con la humildad de los verdaderamente grandes, de los hacedores silenciosos: Florentino Ameghino, Leandro Alem, Alfredo L. Palacios y René Favalaro, entre muchos otros argentinos abnegados que no soportaron la inmoralidad circundante.

Porque afortunadamente, en medio de la frivolidad y de la egolatría sobresale la sólida tarea de los humildes de corazón y de espíritu; la solidaridad no es un rasgo menor en la Argentina.

Como contraste a tanta banalidad se destaca el gran sentimiento solidario de una parte importante de la población con afán participativo y comprometido. Un escritor extranjero, admirador de nuestro país, me dijo hace poco que en la Argentina la sociedad es mejor que la política; yo creo que tiene razón.

En nuestra sociedad aparecen con mucha frecuencia notas muy destacadas que nos colocan a la vanguardia de la consideración de los otros, en la política, en cambio, esa sociedad no se siente representada por personas que en muchos casos —hay excepciones, siempre las hay— privilegian sus carreras individuales en las que ponen toda su energía y atención.

El resultado es, nuevamente, la incapacidad de presentar y aunar un proyecto común, inclusivo, y representativo que nos aleje de las varias quejas del “que se vayan todos” para reemplazarla por el proyecto sugestivo de vida en común.

Las fuerzas están en el seno de nuestra sociedad y es menester canalizarlas hacia los grandes propósitos, los grandes objetivos: recuerdo una visita que realicé a Berlín, al centro de Estudios Latinoamericanos durante la crisis del 2001/2002, los alemanes se asombraban de que la cantidad de euros que ellos destinaban a cultura no podían igualar la oferta teatral de Buenos Aires, que se constituía por obras sobre la crisis y donde sobresalían emprendimientos espontáneos de mucho talento y es caso presupuesto.

Así como también se destaca una sociedad solidaria y participativa que sabe organizarse espontáneamente en prosecución de sus derechos básicos como, por ejemplo, el reclamo de mayor seguridad y de mejor educación, así también entiendo que la Argentina sobresale por su fuerte sentido crítico.

Nuestro espíritu crítico es tan fuerte que a veces podría considerarse desmesurado y descarnado, superando al de los estadounidenses que es notable, habiendo producido importantes películas y libros para denunciar problemas sociales y políticos internos que, al despertar conciencia y poner el foco de atención sobre los mismos, culminan ofreciendo y aportando soluciones.

Los argentinos también lo hacemos con la literatura, la prensa, el cine y el teatro, siendo que las expresiones culturales muchas veces son proyectos pequeños, autofinanciados, que responden a un notable talento y a una gran creatividad que desde el exterior se reconoce con admiración.

Cuando digo que somos descarnados y despiadados en la crítica, es porque también sorprendemos y a veces, hasta asustamos con el nivel de agresión interna de nuestra crítica política y social. En el cine y en teatro nos animamos a presentar con crudeza y realismo, temas muy complejos y difíciles y nos colocamos a la vanguardia de esos temas.

En la crítica política, arremetemos con lenguaje crudo y llano —a veces al límite de lo ofensivo— sobre los funcionarios que ocupan las más altas investiduras. Esto sorprende mucho a los analistas de otros países, en donde se es mucho más cuidadoso y respetuoso de las personas que ocupan altos cargos.

Uno de los aspectos con que mayor rigor se manifiesta lo que venimos diciendo es en el humor político. Ya desde comienzos del siglo XX, las revistas “*El Mosquito*” y “*Caras y Caretas*” inaugurarían la caricatura como lenguaje gráfico para exaltar defectos y ocultar virtudes. Cuando en tiempos más

recientes se ven las ilustraciones sobre personajes políticos, inclusive en las tapas de algunas revistas, llama la atención la desmedida agresión en los dibujos, tendiente muchas veces a ridiculizar a muy importantes figuras políticas.

La misma observación se traslada a la radio y a la televisión, a veces exagerando en los niveles de frivolidad ya apuntados; como cuando hace pocos años, un conductor de un programa de entretenimientos se permitió burlarse ante las cámaras del entonces Presidente de la Nación en ejercicio, que había concurrido a su programa. Fue otro mal entendido alarde de “viveza criolla” en que el animador se sintió más “vivo” y más importante que el Presidente, sin darse cuenta —o sin importarle— que su “humorada” nos causó a todos un gran daño colectivo.

Creo que todos estos ejemplos que venimos citando desde un comportamiento crítico y participativo que a la vez se manifiesta en protestas callejeras espontáneas pero desarticuladas; deberían llevarnos a reflexionar para poner en marcha un intento de cambio de carga negativa hacia una carga, valor o valencia positiva en tan maravillosa y valiosa manifestación de libertad de expresión.

Sucede que mientras toda esa fuerza expresiva crítica pugna por manifestarse del mismo modo que el magma y la lava de un volcán espera la erupción para salir, es menester que la libertad de expresión pueda manifestarse por los canales habituales y tradicionales que nos permiten construir el debate en una democracia deliberativa.

Un pueblo tan participativo no merece que los candidatos a la presidencia de la Nación no se avengan a sostener un debate público frente a las cámaras de televisión con el mezquino argumento de que el que va adelante en las encuestas le da ventaja al segundo porque tiene menos que perder.

Tales razones “estratégicas” son egoísmo puro y no ayudan a construir el debate en una sociedad democrática. Los argentinos que queremos y creemos en la democracia vemos por televisión y con alguna envidia los debates presidenciales de Estados Unidos, España o Chile y los admiramos y consideramos una demostración de civilidad, de consenso y de respeto ciudadano.

De igual modo deben legislarse de un modo más equitativo y competitivo los espacios de campañas políticas, no permitiendo que el gobierno saque ventajas a la oposición y que ésta última tenga oportunidades de expresarse libremente en los foros públicos.

Hace algunos años, un candidato que triunfó en la primera vuelta en las elecciones presidenciales, no se presentó a la segunda vuelta cuando advirtió en las encuestas que el voto negativo lo vencería. Presentó su huida de la contienda para la que se había postulado como un “renunciamiento histórico”, subestimando a un electorado convocado a las urnas que tenía el derecho a que el presidente electo alcanzara el consenso requerido por la Constitución, consistente en el 45% de los votos o el 40% con 10 puntos de diferencia con respecto al segundo.

Los ciudadanos, cualquiera sea el lugar que ocupemos en la estructura institucional o en las diferentes ocupaciones que tengamos en nuestra vida personal o profesional, ya que en el caso lo que importa es que formamos parte de una comunidad en la que se nos presenta la disyuntiva de hierro de seguir justificando y disimulando las consecuencias negativas de muchas conductas egoístas en todos los ámbitos; o bien y de una vez por todas tenemos la opción de elegir subordinar nuestras posiciones individuales al proyecto común de nación.

No perderemos la libertad por ello; por el contrario, podría suceder que nos encontremos con la sorpresa que para que ella sea una realidad tengamos que seguir el norte marcado por la Constitución Nacional, el arca guardadora de nuestras más sagradas libertades.

A veinte años de la reforma de la Constitución Nacional

POR CARLOS A. MAYÓN (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Caracteres generales de la reforma. — III. Estado Federal. — IV. Poder Ejecutivo. — V. Consejo de la Magistratura. — VI. Tratados internacionales con jerarquía constitucional. — VII. Legislación que debía dictar el Congreso. — VIII. Balance general de la Reforma. — IX. Incumplimiento. — X. Imprecisión. — XI. ¿Una nueva reforma? — XII. Conclusiones finales. — XIII. Bibliografía. — XIV. Legislación consultada. — XV. Jurisprudencia consultada.

Resumen: A veinte años de la reforma de la Constitución Nacional.

Este trabajo pretende recordar la Reforma a la Constitución Nacional de 1994, sus principales características, virtudes y defectos, ubicación actual de nuestra Ley Suprema en las clasificaciones de las constituciones, realización o no de sus propósitos, y perspectivas futuras.

Palabras clave: constitución - reforma - 1994 - características - realización.

TWENTY YEARS OF THE REFORM OF THE NATIONAL CONSTITUTION

Abstract: This work aims to remember the reform of the National Constitution of 1994, its main characteristics, virtues and defects, current location of our Supreme Law in classifications of constitutions, implementation or not of its purpose, and future prospects.

Keywords: Constitution - reform - 1994 - characteristics - realization.

I. Introducción

La Reforma a la Constitución Nacional de 1994 fue cuestionada en cuanto a su constitucionalidad antes, durante, y después de la Convención Constituyente que sesionó en las ciudades de Santa Fe y Paraná entre el 25 de mayo y el 22 de agosto de 1994.

Antes, porque la ley 24.309, de 1993, que declaró la necesidad de la reforma, no cumplió con el procedimiento legislativo que determinaba la Constitución vigente, entre otros motivos, porque el proyecto aprobado en Diputados fue modificado en el Senado, y no volvió a la Cámara de origen para que analizara tales correcciones.

Esa polémica por su constitucionalidad llegó a la Corte Suprema que, por mayoría, rechazó la acción en el caso Polino. El voto mayoritario fue firmado por siete jueces (1), quienes sostuvieron que la condición de ciudadanos invocada por los peticionantes no era apta por su generalidad, y no permitía tener por configurado el interés concreto, que lleve a considerar el caso como una controversia. Sin embargo, esa decisión contó con la disidencia total del ministro Dr. Carlos Fayt. (2)

(*) Profesor Ordinario Titular de Historia Constitucional, Cat. I; Profesor Ordinario Titular de Derecho Constitucional, Cat. I; Profesor de Posgrado de Derecho Constitucional y Político de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

(1) Cinco ministros lo hicieron en conjunto y dos por votos separados; recordemos que por entonces el Tribunal estaba integrado por nueve jueces.

(2) Íd. íd.

Durante las sesiones de la Convención se debatieron varias cuestiones, como si podía o no declararse soberana, si debía cumplir con los límites que le había impuesto el Congreso, en especial por el “Núcleo de Coincidencias Básicas”. Éste era un bloque cerrado, con modificaciones que deberían ser aprobados en su totalidad, “todo o nada”, y en caso contrario no habría reforma.

También entonces se judicializó, en la causa Romero Feris. Aquí la Corte consideró que resultaba inoficioso decidir la cuestión de la modalidad con que la Convención Constituyente debía votar los temas incluidos en el art. 2º de la ley 24.309: “dado que la misma fue ya cumplida bajo el régimen legal dispuesto, deviene abstracto pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso”.

Después de haberse aprobado la Reforma, se produjo un nuevo cuestionamiento, pues en su texto se violó la ley 24.309, en el ya mencionado “Núcleo de Coincidencias Básicas”, porque una de las modificaciones que debía ser necesariamente incluida, el art. 68 bis, no fue firmado por los convencionales en el texto definitivo. Consecuentemente, “se cayó” toda la reforma, porque la omisión de ese artículo imponía el rechazo de las restantes modificaciones. Cuando se advirtió esa situación, ya se había disuelto la Convención, y el Congreso trató de salvar la omisión dictando la ley 24.430, que incluyó en la Constitución ese “artículo perdido” como segundo párrafo del art. 77. Es decir que, en la Constitución que tenemos vigente, una de sus normas no fue aprobada por la Convención Constituyente de Santa Fe y Paraná, sino por una ley del Congreso. Y debe recordarse que una ley del Congreso de ninguna manera puede agregar ni quitar ni una coma de la Constitución. Sólo una nueva Convención Constituyente podría hacerlo. Por lo tanto, esa norma carece en absoluto de valor constitucional.

Unos años más tarde, en 1999, la Corte Suprema declaró inconstitucional una de las cláusulas reformadas en 1994: el art. 99 inc. 4º, párr. 3º y la disposición transitoria undécima, que establecen el límite de edad en el que los jueces perderían su estabilidad. Así lo resolvió en el caso Fayt, en el que la Corte dejó en claro los límites que tienen las Convenciones Constituyentes, y su justiciabilidad: “La Convención Constituyente se reúne con la finalidad de modificar aquellas cláusulas constitucionales que el Congreso declaró que podían ser reformadas y sobre las que el pueblo de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse al elegir a los convencionales y no otras, sobre las que no concurren dichos requisitos”.

En síntesis: tenemos vigente una Constitución en que no se cumplió el proceso legislativo del Poder Preconstituyente, que uno de sus artículos no fue firmado por los constituyentes, sino introducido por una ley del Congreso y que una de sus normas fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema.

II. Caracteres generales de la reforma

En cuanto al contenido de la reforma de 1994, hay que reconocer a los firmantes del Pacto de Olivos y al Congreso que dictó la citada ley 24.309, el mérito de que hayan tenido la precaución de preservar la Parte Dogmática, con lo que evitaron el riesgo de alterar los principios fundamentales del constitucionalismo universal y argentino, los derechos, libertades y garantías de los arts. 1º a 35, sobre todo teniendo en cuenta que hubo propuestas para cambiar todo el sistema institucional de nuestra Constitución Histórica.

Al respecto, el Dr. Alberto Natale (3), decía con razón que “el código de derechos comprendido en la primera parte de la Constitución es una de las declaraciones más completas que se hayan efectuado. Reconoce como antecesora a la francesa de 1789, pero también a todas las que se fueron elaborando entre nosotros después del 25 de mayo de 1810” (NATALE, 1995: 102).

Es cierto que, de todos modos, se alteró esa primera parte, pero no para quitar derechos, sino para agregar otros nuevos, con la inclusión de un Capítulo Segundo, de “Nuevos Derechos y Garantías”. También se modificó indirectamente el art. 5º, a través del art. 123.

En mi criterio, las modificaciones más importantes, y más peligrosas, fueron las relacionadas con la nueva ubicación de la Constitución Argentina en las clasificaciones de las constituciones. En efecto: hasta 1994 no había ninguna duda en cuanto a que la nuestra era una constitución codificada, porque

(3) Alberto Natale, ex profesor de Derecho Político, que fue miembro de la Convención Constituyente de 1994.

estaba íntegramente escrita en un solo texto, y rígida, pues para su reforma se admitía únicamente un procedimiento complejo y con un órgano especial.

Pero el carácter codificado se perdió en gran parte al otorgar jerarquía constitucional a once documentos internacionales, en el art. 75 inc. 22, 2º párrafo. (4) A partir de 1994 la Constitución está integrada por doce documentos: los ciento treinta artículos (1º a 129 más el 14 bis) del núcleo central, que es la Constitución estrictamente hablando, y los once tratados y convenciones.

En cuanto a su condición de Constitución rígida, creo que también se perdió en gran parte, pues hasta 1994 había un sólo procedimiento para la reforma, el del art. 30, que la caracteriza con rigidez procedimental (pues exigía cumplir varias etapas, y una mayoría agravada en el Congreso) y orgánica (porque únicamente podía modificarse por una Convención Constituyente “convocada al efecto”).

La rigidez procedimental sigue existiendo, pero se perdió la orgánica, pues el art. 75 inc. 22, 3º párrafo, permite que en el futuro se reforme la Constitución por el Congreso, al admitir que se pueda agregar o quitar jerarquía constitucional a tratados y convenciones sobre derechos humanos, sin necesidad de una Convención Reformadora.

Y recordemos que, en la práctica, ello ya ha ocurrido, pues en 1997 y en 2003 se otorgó jerarquía constitucional a sendas convenciones internacionales, motivo por el cual ahora no son doce sino catorce los documentos que tienen jerarquía constitucional: la Constitución, los once tratados y convenciones que se mencionan en el art. 75 inc. 22, 2º párrafo, y los otros dos que se agregaron fundándose en el art. 75 inc. 22, 3º párrafo.

Y esto es grave pues, como decía Vanossi, “Esta rigidez orgánica no fue un capricho de los constituyentes sino una necesidad histórica. La rigidez es el presupuesto básico para que pueda, realmente, existir la garantía de los derechos y de las libertades, y es una premisa para que pueda funcionar el control de constitucionalidad. Los países que no tienen Constitución rígida no pueden tener control, porque toda norma posterior modifica la anterior y todo es igualmente válido” (VANOSI, 1994).

En otros términos: ahora los argentinos podemos perder nuestros derechos y libertades porque una mayoría circunstancial en el Congreso incorpore una convención que cuestione alguno de los principios reconocidos en la Constitución.

En la Parte Dogmática de la Constitución, se introdujo el Capítulo Segundo, en el que se agregaron Nuevas Declaraciones a fin de preservar el orden constitucional y el régimen democrático (art. 36); se constitucionalizaron varios Derechos Políticos como el Sufragio, (art. 37); se reconoció con jerarquía constitucional a los Partidos Políticos (art. 38) y a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios (art. 42); y se incorporaron algunas formas de democracia semidirecta, como el Derecho de Iniciativa (art. 39) y dos formas de Consulta Popular: Vinculante y No Vinculante (art. 40).

También se constitucionalizaron Derechos Colectivos, con la preservación del Medio Ambiente (art. 41) y los Derechos de los Consumidores y Usuarios (art. 42), y se explicitaron constitucionalmente las garantías del Amparo y del Hábeas Corpus, agregando una nueva, el Hábeas Data (art. 43).

III. Estado Federal

En cuanto a la forma Federal de Estado, debemos preguntarnos si la Constitución, como ha quedado redactada después de la Reforma de 1994, es más Federal que antes, igualmente Federal, o menos Federal. En mi criterio, según el tema que tratemos, las tres respuestas serán válidas: en algunos es más federal, en otros igual, y en otros menos.

(4) La jerarquía de tales tratados internacionales es un tema polémico que hemos abordado en un trabajo anterior.

A manera de ejemplo: es más federal en cuanto a que a las Provincias se les reconocieron nuevas atribuciones: la posibilidad de crear regiones (aunque para ello no era necesaria una reforma constitucional, pues se podría haber hecho por medio de una ley); los Poderes de Policía e Impositivo en los “establecimientos de utilidad nacional” (art. 75 inc. 30); de celebrar convenios internacionales y el dominio originario de los recursos naturales (art. 124).

Pero es menos federal en varios aspectos, como la intervención federal a las Provincias, que es uno de los remedios que prevé la Constitución para situaciones extremas, pero que con frecuencia se ha desvirtuado, y el Gobierno Federal ha abusado permanentemente de esa facultad.

La manera como el Poder Ejecutivo intervenía las provincias de otro signo político, práctica que abundó en el siglo XX, era esperar que terminaran las sesiones ordinarias del Congreso y, alegando una situación de urgencia, las intervenía.

Sólo una minoría doctrinaria admitía que durante el receso del Congreso el Poder Ejecutivo podía intervenir a las provincias. Lo más sensato, en mi opinión, era la doctrina sustentada, entre otros, por Linares Quintana, que sostenía que, en caso de darse una grave emergencia en una provincia durante el receso del Congreso, lo que debía hacer el Poder Ejecutivo era declarar allí el Estado de Sitio, no la Intervención, y de esa forma se evitaba avasallar la autonomía de una provincia.

En apariencia, esto se mejoró con la reforma, pues ahora la Constitución deja en claro que la intervención es una atribución del Congreso: el art. 75 inc. 31 dice que es facultad del Congreso disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires. El problema es que, ahora, se faculta expresamente al Poder Ejecutivo a hacerlo cuando el Congreso está en receso: el art. 99, inc. 20, dice que es facultad del Poder Ejecutivo “decretar la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires en caso de receso del Congreso”.

Es decir que, lo que antes era un abuso violatorio del espíritu de la Constitución, ahora está expresamente reconocido. Antes se criticaba al Ejecutivo cuando lo hacía; ahora está claramente autorizado por la Constitución, y no podrá discutirse porque está admitido con toda claridad, y ahora el Ejecutivo puede intervenir las provincias con sólo esperar el receso del Congreso.

Alguien dirá que el nuevo texto constitucional no perjudica la autonomía provincial, porque la Constitución establece que el Poder Ejecutivo, en ese caso, debe convocar al Congreso, y éste podrá “aprobar o revocar la intervención decretada, durante su receso, por el Poder Ejecutivo” (art. 75 inc. 31 *in fine*).

Pero, en realidad, a los efectos del resguardo de la autonomía provincial, esta convocatoria del Congreso no servirá de nada porque, en ese caso, las autoridades provinciales ya estarán depuestas, el hecho se ha consumado, y lo único que se podrá hacer es convocar a elecciones en esa provincia y, eventualmente, ejercitar acciones de responsabilidad contra el presidente. Pero la autonomía provincial ya no se recupera.

También disminuyó el federalismo en cuanto al régimen municipal, que antes quedaba a criterio de cada provincia, y ahora se les impuso el sistema de autonomía (art. 123). Si bien dicha autonomía cuenta con una aprobación mayoritaria en la doctrinaria, e incluso en la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema, lo cierto es que ahora hay una imposición a las provincias que antes no existía.

Además, se introdujo una nueva entidad política, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a quien se reconocieron atribuciones parecidas a las de las provincias.

En este tema, hubo un punto de partida inverso al de la Constitución y los Pactos Preexistentes: mientras que en esas normas fueron las provincias las que delegaron sus facultades en el Gobierno Federal al tiempo de su incorporación, en el caso de la ciudad de Buenos Aires es la Constitución la que otorga el status político a la nueva entidad, y la que le concede atribuciones.

Además, desde mi punto de vista, el art. 129, como las demás disposiciones de la nueva Constitución referidas a la Ciudad de Buenos Aires, son violatorios del Pacto de San José de Flores y de la cesión que hizo la Provincia de Buenos Aires en 1880, porque ello fue al sólo efecto de establecer allí la Capital de la República.

Si bien el art. 3º de la Constitución, que establece la forma como se determinará el lugar en que residirá la Capital de la República no ha tenido modificación, en cambio, lo referido al régimen político del lugar donde (de facto) reside actualmente - Buenos Aires - ha sido reformado de manera sustancial.

Lo cierto es que la República ha quedado sin un territorio federal para la residencia de las autoridades nacionales.

Se alteró así una de las características esenciales de todo Estado Federal: tener un territorio que no pertenezca a ninguna entidad autónoma, sino a todo el Estado Federal.

Una vez más, la República Argentina carece de Capital, donde residan libremente sus autoridades. Al igual que en el período de 1862 a 1880, las autoridades nacionales han vuelto a ser “huéspedes”, sólo que ahora no lo serán de la Provincia de Buenos Aires, sino de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En 1994 advertíamos que era posible que hubiera conflictos entre el gobierno de la ciudad y las autoridades nacionales. Y ello ya ocurrió, pues la Constitución no dejó suficientemente en claro, por ejemplo, de quién va a depender la policía que actúe en la ciudad de Buenos Aires: si del Gobierno de la Ciudad, o del de la Nación. Hay pasado 20 años, y el tema no ha quedado definitivamente resuelto.

Y también nos preguntábamos, en una hipótesis que, afortunadamente, no se ha dado, pero que sigue pendiente: ¿Qué pasaría si el Gobierno de la ciudad de Buenos Aires por medio de su policía -a la que claramente tiene derecho, por su carácter de entidad autónoma- impide que el presidente, o los legisladores nacionales ingresen normalmente a la Casa Rosada o al Congreso a ejercer sus actividades? Porque el territorio que rodea al Congreso y a la Casa Rosada está bajo la jurisdicción de la ciudad autónoma, que podría dificultar a las autoridades federales acceder a los citados edificios.

Una aclaración importante que realizó la reforma de 1994 es la situación de los establecimientos de utilidad nacional, a que alude el actual inc. 3º del art. 75, que modificó lo que era el inc. 27 del anterior art. 67, y lo resolvió en favor de las Provincias.

Creo que, en este tema, la Reforma mejoró el texto de la Constitución, pues todos recordamos que hubo una larga polémica sobre el ejercicio del Poder de Policía e Impositivo en los lugares que las provincias han cedido al Estado Federal.

La polémica, entonces, ha quedado terminada con ese agregado que se realizó al inciso: ahora está claro que el Poder de Policía y el Poder Impositivo sobre los territorios donde están los establecimientos de utilidad nacional, corresponde a las provincias y municipios.

Sólo queda la duda sobre si en tales territorios las provincias y municipios los ejercerán en forma excluyente, o si lo será en forma concurrente con las autoridades federales. Obsérvese que la Constitución dice que la jurisdicción provincial es exclusiva, pero no que sea excluyente.

Otro aspecto en que el federalismo ha sido disminuido, es en la elección directa del presidente de la Nación.

En efecto: el sistema anterior, de elección indirecta por medio de electores, otorgaba una cierta ventaja a las provincias con menor población. Ahora, en cambio, en este tema prevalecen de manera decisiva las provincias “grandes”, es decir, las de mayor población.

IV. Poder Ejecutivo

Se dijo, entre los fundamentos de la Reforma, que uno de sus propósitos centrales era atenuar la preponderancia del Poder Ejecutivo.

Varios profesores de Derecho Constitucional que fueron miembros de la Convención Constituyente reconocieron que ello no se cumplió. Así, Elisa Carrió, opinó que se obtuvo un Poder Ejecutivo hegemónico, y denunció el vaciamiento del Poder Legislativo y de la República. Por su parte, el ya citado Alberto Natale, decía que nada cambió, y que, desde el punto de vista institucional, seguimos bajo un sistema presidencialista autoritario, pues el poder sigue concentrado en una sola persona.

Lo cierto es que, con la Reforma, el Poder Ejecutivo perdió algunas atribuciones, pero ganó muchas más, por lo que, en mi opinión, no sólo no se atenuó su predominio, sino que ocurrió todo lo contrario, y en la práctica ha llevado a un acrecentamiento de sus facultades, en detrimento de los otros dos órganos.

Comencemos por analizar las jefaturas del presidente. Vemos así que en la nueva Constitución, de conformidad con el art. 99, las Jefaturas que siguieron en poder del Presidente fueron: a) de la Nación; b) del Gobierno; c) Diplomática; d) de las Fuerzas Armadas; y e) es el responsable político de la Administración.

En cambio, el presidente perdió: a) la Jefatura de la Capital; y b) la Jefatura de la Administración, pues pasó a ser el responsable de la misma, no el jefe.

Se introdujo en la Reforma la figura del Jefe de Gabinete de Ministros. Se dijo que ello sería decisivo para atenuar las atribuciones del presidente. Pero, como lo sostuvimos en aquella época, era evidente que ello dependería de las personas que ocuparan la presidencia y la Jefatura de Gabinete: si se trataba de dos individuos que se lleven en completa armonía, o uno totalmente subordinado al otro, no habría problemas. Pero, si no fuera así, sí la designación del Jefe de Gabinete fuera consecuencia de una transacción entre distintas corrientes políticas, seguramente sería una fuente de conflictos.

La otra posibilidad era que el Jefe de Gabinete fuera sólo un mandadero o vocero del presidente, es decir, una figura intrascendente. Esto último es lo que ocurrió en los veinte años que han pasado desde la instauración de esta figura. Lo que se dijo en 1994 en cuanto a que serviría para poner límites al poder del presidente, evidentemente no se cumplió.

En la práctica, el Poder Ejecutivo ha sido fortalecido, y ello se advierte en varias cuestiones, por ejemplo: 1) por la elección directa; 2) por la reelección inmediata; 3) por la delegación legislativa; y 4) por los decretos de necesidad y urgencia.

En cuanto a la elección directa del presidente, era evidente que, lejos de atenuar su poder, lo acrecentaría, pues su acceso al cargo ahora no necesita de las transacciones que pueden producirse en los colegios electorales.

Es sabido que, antes de la Reforma, el presidente era elegido por seis años, pero no podía ser reelegido en forma inmediata. Después de 1994, en cambio, es designado por cuatro años, pero con opción a ocho, al permitir una reelección inmediata.

Esa posibilidad de reelección inmediata, implica sin duda un acrecentamiento de sus atribuciones.

Una característica que tomó la Constitución después de la reforma de 1994 es, en varios temas, primero negar y después admitir. Un caso en que esto ocurre es la delegación legislativa: se prohíbe, pero se permite.

En principio se prohibió de manera tajante la delegación de facultades por el Congreso en el Poder Ejecutivo; dice el art. 76: "Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo". Pero de inmediato la admite: "salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca". Es decir, no se puede,

pero se puede. En la práctica, esa delegación -como era de prever- se ha utilizado en forma abusiva, y ha llevado a que el Congreso quede desdibujado, particularmente en materia presupuestaria.

Muy importante fue la modificación en cuanto a las atribuciones del Presidente, incorporándose la posibilidad de dictar Decretos de Necesidad y Urgencia, y se admitió constitucionalmente la posibilidad de la promulgación parcial de los proyectos de ley.

En este tema ocurre lo mismo que con la delegación. La Reforma estableció como principio una total prohibición: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo” (art. 99 inc. 3º, segundo párrafo). Pero de inmediato se desdice e introduce la excepción: “Solamente cuando circunstancias excepcionales” (art. 99 inc. 3º, tercer párrafo). Es decir que, en definitiva, pese a la terminante prohibición, permite que el presidente pueda ejercer esa atribución de carácter legislativo. El Poder Ejecutivo “no puede, pero sí puede”.

Antes de la Reforma, el tema era muy discutido, porque la Constitución en ninguna parte hacía referencia a esa supuesta atribución. Sin embargo, parte de la doctrina sostenía que eran constitucionales tales Decretos de Necesidad y Urgencia, y la Corte Suprema también lo había admitido.

Por eso se dijo, por los promotores de la reforma, que, ante la realidad política del uso y abuso de su dictado, pese a que no estaban previstos en la Constitución, era mejor institucionalizarlos, a fin de limitar su uso.

Pero ya se advirtió en aquel entonces que, en la práctica, se acentuaría el uso de este instrumento. Incluso un decidido promotor de esa reforma, Quiroga Lavié, advertía que el texto proyectado era impreciso, en cuanto a su aprobación por el Congreso (QUIROGA LAVIÉ 1994: 47).

En el mes de marzo de 1994, cuando ya se había dictado la ley 24.309, y en unos días más se elegirían los integrantes de la convención reformadora, es decir, que ya se conocía la futura reforma, pues era evidente que la Constituyente reformaría la Constitución según los parámetros del Pacto de Olivos y esa ley, disertó en la Universidad de Buenos Aires, durante unas jornadas convocadas para analizar la inminente reforma, el profesor peruano, de la Universidad de San Marcos, Eloy Espinoza Saldaña.

Entre otros temas, narró la experiencia de su país con los Decretos de Necesidad y Urgencia, por cuanto la Constitución de Perú de 1979 (que ejerció una importante influencia en nuestra Reforma de 1994) los admite. Señaló el citado catedrático que, desde 1979 hasta 1992, se dictaron más de 2100 de estos decretos. Si bien la Constitución decía que eran para cuestiones económicas, se los usó con otros fines totalmente distintos (puso el ejemplo de la construcción de una cancha de fútbol). Además, el Parlamento no controló nada, porque el partido gobernante tenía mayoría propia.

En Argentina, la ley reglamentaria de los decretos de necesidad y urgencia, sancionada más de una década después, en lugar de restringir esa facultad, la amplió, y así pasó a ser uno de los instrumentos jurídicos que mayor discrecionalidad otorgan al Poder Ejecutivo.

Esa “ley especial”, la n° 26.122, promulgada el 27 de julio de 2006, que regula “el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”, sólo ha servido para institucionalizar los poderes omnímodos del Presidente, pues se puede aprobar con el acuerdo de una sola de las Cámaras, (sólo se puede rechazar por “ambas Cámaras”) y es muy difícil que, siendo que normalmente el Ejecutivo tiene mayoría en las dos, y la falta de autonomía del Congreso, del que se ha dicho que funciona al sólo efecto de protocolizar los actos del presidente, esos decretos carecen de control práctico.

En síntesis, el resultado fue diametralmente contrario al proclamado propósito de quienes propiciaron la reforma de 1994, de “atenuar el hiperpresidencialismo”. Ha sido el que menos se cumplió, porque el resultado fue precisamente el inverso al que se invocó, pues las atribuciones del presidente se incrementaron en forma exponencial.

En definitiva, como dijo Vanossi, la nueva Constitución no es cuasipresidencialista, es superpresidencialista (VANOSSI, 1994).

En mi opinión, ello fue así porque el problema no era que la Constitución Histórica otorgara excesivas atribuciones al titular del Poder Ejecutivo. Es sabido que el Poder Ejecutivo va a tratar de tomar todas las atribuciones que le conceda la Constitución, y las que no, porque es una ley natural que se desarrolló particularmente en el siglo XX. Pero la Constitución tiene como finalidad impedirlo, o, al menos, limitarlo.

El problema ha sido, y continúa en grado superlativo, porque la Constitución no se cumple, en particular el principio central del Constitucionalismo: limitar al Poder.

¿Qué debió hacerse, en vez de invocar al cielo por la disminución de sus atribuciones, mediante cláusulas que -se sabía- no iban a dar resultados? Coincido con Vanossi en cuanto a lo que sostiene desde hace décadas: “a mayores poderes, mayores controles”. Es decir, que debieron reforzarse los controles.

V. Consejo de la Magistratura

Otro de los principales motivos invocados por quienes propiciaron la reforma fue mejorar la independencia del Poder Judicial, y a tal efecto se introdujo el Consejo de la Magistratura. Cuando se proyectó la reforma de 1994 muchos tuvimos una gran esperanza en cuanto a que redundaría en un mejoramiento de la Justicia, pues era una antigua aspiración a fin de despolitizar esa función esencial del Estado.

Varios constitucionalistas argentinos venían bregando en la doctrina con ese fin desde muchos años antes, escribiendo numerosos trabajos y organizando jornadas (Néstor Sagüés, para citar uno) y presentado proyectos de ley en el Congreso, como Jorge Vanossi que, en su función de diputado de la Nación, lo hizo en varias oportunidades; uno de esos proyectos fue quizá el más completo que se haya promovido, pues comprendía todo el ciclo para lograr que los jueces fueran los mejores: primero, con una Escuela Judicial, para la preparación y formación de quienes aspiraran en el futuro a integrar los cuadros de la Justicia; en segundo lugar, un Consejo de la Magistratura, para la designación de los más aptos para ocupar cargos judiciales; y, en tercer lugar, un Jurado de Enjuiciamiento para, ante la eventualidad de un mal desempeño, remover a quien no hubiera cumplido debidamente con sus obligaciones.

Las expectativas, entonces, eran muy grandes, pero desaparecieron cuando se conoció cómo se efectivizaría la redacción de las cláusulas correspondientes, y dio lugar al escepticismo, incluso entre quienes eran partidarios de la Reforma.

Lo primero que se evidencia, en el art. 114 de la Constitución Reformada, y lo más grave, es que el Consejo de la Magistratura tiene una composición imprecisa, que en definitiva queda delegada en la voluntad del legislador: dice el art. 114 que el Consejo será “regulado por una ley especial”.

Ello permitiría, y así ocurrió posteriormente, que se le diera un contenido claramente político, desmintiendo el supuesto propósito de los constituyentes de despolitizar la Justicia.

Incluso Quiroga Lavié (que posteriormente fue miembro del Consejo de la Magistratura) criticó que la Reforma no definiera su integración.

También Vanossi que, como dijimos, había trabajado el tema en profundidad, alertaba sobre esta “institución de enorme importancia”, “muy noble”, decía, “pero que puede ser bastardeada en su implementación, y que podía mejorar o empeorar la situación (VANOSSI, 1994).

Y expresaba sus sospechas con dureza:

“El tema de fondo en el Consejo de la Magistratura es poder saber qué entendieron por Consejo de la Magistratura los autores del Pacto: si entendieron de buena fe el Consejo de la Magistratura, a la europea, como órgano independiente del poder político, tendiente a asegurar la promoción y selección de los jueces con lo único que la Constitución exige, que es la idoneidad; o entendieron una estructura de reparto. Algo así como si dijeran: tienes tantos diputados, te corresponden tantos jueces;

tú tienes tantos senadores, te corresponden tantos camaristas; así todos los sectores políticos quedan muy contentos (...) Tengo mis sospechas de que por la cabeza de los autores del Pacto no pasó la idea italiana, europea, española o francesa del Consejo de la Magistratura, sino la idea criolla del reparto de cargos.” (VANOSSI, 1994).

Lamentablemente, esos malos augurios se cumplieron, y así lo resumía un periodista especializado en temas judiciales: fue “una de las peores reformas de 1994, según coincidieron, en reserva, varios convencionales, a la luz de las malas experiencias que hoy depara ese organismo que siempre funcionó mal, pero una ley aprobada en 2006 terminó por darle total preeminencia a los políticos oficialistas. Ahora, la Corte y la oposición piden su modificación; su supresión requeriría de otra reforma” (VENTURA, 2009).

Ya con la primera ley que se dictó sobre el Consejo de la Magistratura, la n° 24.937, modificada por la n° 24.939, ambas de diciembre de 1997, la doctrina criticaba duramente su funcionamiento, por su lentitud y excesiva burocracia. Vanossi decía que en vez de ser un consejo era un parlamento, con “veinte integrantes que pueden designar asesores, cuasiasesores, criptoasesores y semiasesores y un presupuesto superior al de la Suprema Corte”, y porque “delegan la tarea en jurados (...) que no tienen el nivel que se esperaba” (VANOSSI, 2004). Posteriormente, esas leyes fueron reformadas por la n° 25.669, del año 2002, y la n° 25.876, de 2003.

Pero, en el año 2006, fueron modificadas por la ley 26.080, que acrecentó la politización de las anteriores. (5)

Y, como si todo eso fuera poco, en 2013 se dictó la ley 26.855, de “democratización de la Justicia” que dejó de lado todo disimulo y determinó abiertamente la politización absoluta del Poder Judicial. La gran mayoría de la doctrina se pronunció por la inconstitucionalidad de esa ley, como también la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, y muchas entidades científicas, como la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Finalmente, la Corte Suprema la declaró inconstitucional en el caso “Rizzo, Jorge Gabriel, con la única disidencia del juez Raúl Zaffaroni.

En síntesis: el Consejo de la Magistratura, desde la Reforma de 1994, tuvo una evolución de politización cada vez mayor de la justicia: comenzó con el propio texto de los arts. 114 y 115 de la Constitución, y se fue incrementando con las sucesivas leyes 24.937, 26.080 y 26.855.

Si bien la Corte Suprema, al declararla inconstitucional evitó la politización total del Poder Judicial, el hecho que se haya podido dictar esa ley es ilustrativo del peligro que significa que el constituyente haya delegado en el Congreso el procedimiento para la designación y remoción de los jueces.

VI. Tratados internacionales con jerarquía constitucional

Muchos autores consideran que la reforma más trascendente que se realizó en 1994 fue la relacionada con la incorporación con jerarquía constitucional de varios tratados y convenciones internacionales, pues entienden que significó un avance en la consolidación de los derechos humanos.

Pero también fue la innovación más polémica, pues otros doctrinarios sostienen que tuvo poca importancia práctica o, incluso, que el haber otorgado jerarquía constitucional a algunos documentos internacionales fue un aporte peligroso.

Alberto Natale, ex miembro de la Convención Constituyente de 1994, señalaba que, “Apenas leamos el texto de las declaraciones a las cuales el artículo asigna rango constitucional sufriremos una frustración: no aparece mucho nuevo que ya no estuviere en la redacción de 1853, en las reformas de 1957, en la legislación y jurisprudencia que extendieron los alcances en función del art. 33, o meras declaraciones de buenos propósitos” (NATALE, 1995: 102).

(5) No analizaré esta ley, porque ya lo hice en un libro de esa época.

Vanossi fue más allá: la consideró una innovación peligrosa y, en el capítulo X de su trabajo antes citado, utilizó términos lapidarios:

“Levantemos la tapa de los infiernos (...) ¿Qué han hecho los constituyentes? (...) la Constitución incorpora un sistema de nueve tratados de derechos humanos con rango o jerarquía constitucional (es el inc. 22); o sea, con la misma jerarquía que el art. 1º ó 2º de la Constitución. Ahí entró la Cafala del derecho islámico, que vale tanto como la forma republicana, representativa y federal que establece el art. 1º. Interrogados quince constituyentes en Santa Fe qué significaba ese instituto tan novedoso que se había incorporado con la misma jerarquía de las demás normas constitucionales, todos ignoraron en qué consistía” (VANOSSI, 1994).

Personalmente, siempre he coincidido con esta opinión de Vanossi, en cuanto al riesgo que se corre con el paso a una Constitución dispersa y semirrígida, y la realidad posterior ha confirmado esos temores y sospechas.

Ahora, un texto menos transparente y más complejo abrió la posibilidad para que se interprete la Constitución de forma tal que ponga en peligro los derechos y libertades más sagrados, no sólo de la Constitución Histórica, sino del Constitucionalismo Universal, como ya ha ocurrido en algunos fallos de la actual Corte Suprema, en que, en mi opinión, se han vulnerado el principio de legalidad en materia penal, de irretroactividad penal, de cosa juzgada, de “non bis in ídem”, la libertad de expresión y el derecho de propiedad.

Si bien, en este tema, el texto constitucional es muy claro cuando dice que tales convenios no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución (art. 75 inc. 22, 2º párrafo), a partir del caso Arancibia Clavell se han dejado de aplicar principios esenciales no sólo de la Constitución Nacional (art. 18) sino también del constitucionalismo universal. Lo mismo ha ocurrido con otros principios, como es la irretroactividad de la ley penal, de la cosa juzgada y el “non bis in ídem”, a partir de “Mazzeo”. (6)

VII. Legislación que debía dictar el Congreso

En la Reforma de 1994, la Constitución impuso al Congreso el dictado de varias leyes, complementarias o integradoras del texto de la nueva Constitución.

Cuando recién se había realizado la Reforma, algunos planteamos el peligro que implicaba que esas leyes podían desvirtuar el propósito del constituyente, porque en la práctica delegaron en el Congreso la concreción definitiva de las reformas.

El que más claramente lo señaló fue Vanossi, quien advertía que con la reforma nos quedó no una Constitución sino “una cuasi-Constitución, que va a estar completada por las leyes que incorporen esos institutos y den el perfil definitivo”. Señalaba el peligro de que “se parece mucho a lo que en derecho penal llamamos leyes penales en blanco” (...) aunque aquí “es el constituyente que delega en el legislador, es decir en el parlamentario ordinario, en el congreso ordinario”. Y destacaba con razón que “lo más grave, es que esas leyes se pueden cambiar por otras leyes. De modo que cada vez que cambien las mayorías en las cámaras, puede cambiar el perfil de esas instituciones que completan el sistema constitucional. Con lo cual, cada vez que el pueblo dé un pronunciamiento suficientemente categórico como para cambiar la mayoría legislativa, cambia un buen porcentaje del perfil constitucional. Esto significa que la Constitución ya no es de la rigidez con que la habíamos conocido hasta ahora, y que entonces, por la mera obra del legislador ordinario y sin convocar al constituyente, se pueden producir cambios de entidad equivalente a los cambios constituyentes” (VANOSSI, 1994).

Algunas de esas leyes no tenían plazo, mientras que otras debían dictarse en un término imperativo. Además, se determinó que varias de esas normas debían tener un trámite especial; otras, iniciarse en una de las Cámaras en particular; y otras más debían contar con una mayoría agravada.

(6) Ver disidencias de los jueces Carlos Fayt y Carmen Argibay.

El número de esas leyes “integradoras” o “complementarias” variaba según los autores.

Esa legislación complementaria o integradora, puede clasificarse en tres categorías:

1) Leyes que la Constitución faculta al Congreso dentro de los límites de los arts. 31 y 28. Son en total 11 leyes: 1) Ley de Ética Pública (art. 36, Sexto Párrafo); 2) Protección al Consumidor y al Usuario (art. 42, Segundo Párrafo); 3) Servicios Públicos (art. 42 Tercer Párrafo); 4) El Organismo Fiscal Federal (art. 75 inc. 2º Párrafo Sexto); 5) Derechos de los Indígenas (art. 75 inciso 17); 6) Igualdad real de oportunidades (art. 75 inciso 23); 7) La ley que garantizara los intereses del Estado nacional en la Ciudad de Buenos Aires (art. 129); 8) Ley de Convocatoria para elección de representantes de la Ciudad de Buenos Aires, para que dicten el Estatuto Organizativo de sus instituciones (art. 129, 3º párrafo); 9) Protección del Medio Ambiente (art. 41); 10) La Auditoría General de la Nación (art. 85); 11) Defensoría del Pueblo (art. 86).

2) Leyes que “completan” la Constitución y que pueden alterar los principios y postulados de la misma y del constitucionalismo: En total son 12 leyes. Nueve de ellas ofrecen riesgo de desnaturalizar el espíritu de la Constitución o de la Reforma: 1) Partidos Políticos (art. 38): puede ser peligrosa en la medida que restrinja la participación de los ciudadanos en los mismos y en la vida política; 2) El Derecho de Iniciativa (artículo 39): la regulación constitucional es muy restrictiva, la legislación integradora no mejoró el ejercicio de este derecho, pero alguna futura reforma legislativa podría ser aún más limitada; 3) La Consulta Popular: la misma observación que en el art. 39; 4) La Ley Convenio sobre Regímenes de Coparticipación Impositiva (art. 75 inc. 2º Segundo Párrafo): no se ha dictado; 5) De recursos coparticipables (art. 75 inc. 3º): tampoco se ha dictado; 6) Establecimiento de un banco federal (art. 75 inc. 6º): tampoco. Con estas tres últimas leyes, en un sistema federal tan endeble como el que tenemos, que ha pasado a ser nominal más que real, puede ocurrir que se presione a las provincias para aceptar un régimen totalmente centralista, y termine de eliminar el poco federalismo que permanece; 7) Art. 77 2ª parte: es posible que se modifique el régimen electoral y de partidos políticos, pero, como deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los miembros de las Cámaras, creo que, si bien podría llegar a lo que señalamos para el art. 38, la previsión del “artículo perdido” brinda alguna garantía contra ese riesgo; 8) Ley de Ministerios y del Jefe de Gabinete de Ministros: con las delegaciones que ha hecho el Congreso en este funcionario, especialmente en el presupuesto, se ha llegado, en la práctica, a acordarle facultades extraordinarias que, en definitiva, son en favor del presidente, que es de quien depende; 9) Ley del Ministerio Público, que puede acentuar su dependencia del Poder Ejecutivo.

Pero, las tres leyes complementarias o integradoras que creo más peligrosas, son: 1) Decretos de Necesidad y Urgencia: esta enorme posibilidad que se otorga al presidente, de legislar prescindiendo del Congreso, permite que el Poder Ejecutivo tenga atribuciones que desnaturalizan el régimen republicano, que es lo que, en mi opinión, ya ha ocurrido; 2) El Consejo de la Magistratura: se dijo que mediante este órgano, se despolitizaría al Poder Judicial. Pero el art. 114 introducido en la Reforma hace que la política intervenga en la Justicia en mayor medida que antes de la Reforma, y la vaguedad del artículo citado, deja en manos de legislador que la politización sea mucho mayor aún; 3) El Jurado de Enjuiciamiento (art. 115): se aplica íntegramente lo expresado con anterioridad.

3) Leyes que “completan” la Constitución pero que no pueden, por su precisión, alterar los principios y postulados de la misma y del constitucionalismo: en ellas el constituyente ha tenido la precaución de regularlas de forma tal que se han ampliado los institutos existentes, o dificultado la desnaturalización de los mismos. Son 3 leyes: 1) Amparo (art. 43 primer párrafo); 2) Hábeas Data (art. 43 tercer párrafo); 3) Hábeas Corpus (art. 43, cuarto párrafo).

En total serían 26 leyes integradas a la Constitución y complementarias de la misma que el Congreso debió dictar.

Ninguna de esas leyes “integradoras” se dictó en el plazo que estableció el Constituyente. Incluso, al día de hoy, después de veinte años, alguna de las más importantes, como la de coparticipación federal, sigue pendiente.

Muchas de las que se dictaron confirmaron el temor que había sobre las mismas en cuanto a que significaran un retroceso respecto de la Constitución Histórica, como ocurrió con los decretos de necesidad y urgencia, y el Consejo de la Magistratura.

Otras más, como las que se dictaron en función de los arts. 39 y 40, mantienen el temor de que alguna futura reforma por el Congreso, haga más restrictivos esos institutos que la propia Constitución.

VIII. Balance general de la Reforma

En todos los órdenes de la política y de la vida, nunca hay algo que sea totalmente bueno o totalmente malo. Para el análisis de cualquier tema, en todos los ámbitos, hay que examinar los aspectos positivos y los negativos, y hacer un balance general para llegar a una conclusión favorable o desfavorable.

Es lo que ocurre con la Reforma de 1994: produjo avances y retrocesos, hay que analizar unos y otros y llegar a una conclusión sobre cuáles fueron más importantes.

Entre los avances, hay que rescatar de los constituyentes de 1994 que no se dejaron tentar por alterar el espíritu de la Constitución Histórica, ni por incorporar “catálogos de ilusiones” en exceso, como ocurrió en los años recientes en constituciones provinciales y extranjerías.

Además, se introdujeron reformas interesantes, como la iniciativa popular y la consulta popular, aunque en formato muy restrictivo. En materia de garantías, el art. 43 significó un avance importante por la amplitud que se reconoció al amparo y al Hábeas Corpus, y haber introducido el Hábeas Data.

También fue importante la constitucionalización del Ministerio Público -aunque insuficiente, pues le faltó claridad en cuanto a garantías de independencia y estabilidad-; la Auditoría General de la Nación, presidida por la oposición, y el Defensor del Pueblo.

Se otorgó jerarquía constitucional a los derechos colectivos, como la protección del medio ambiente, la cláusula ecológica del art. 41, y los derechos de los consumidores y usuarios.

Pero también hay que recordar que la Reforma de 1994 mereció fuertes críticas. Uno de los más severos fue Vanossi, quien decía que “Esta Constitución, reformada, consagra un modelo: el modelo del pacto de dos, que es un modelo de reparto”. En síntesis: sostuvo que con la Reforma “la Constitución es igualmente democrática, pero es menos republicana que en el texto de 1853-1860”. Le imputaba “abundancia tropical, muy efervescente, de compromisos doctrinarios” (VANOSSI, 1994).

El ex convencional constituyente Alberto Natale decía: “El tiro salió por la culata. Se acentuó la hegemonía presidencial, hay más dependencia fiscal de las provincias respecto del Gobierno y la ley de coparticipación sigue en espera” (NATALE, 2009).

En cuanto al federalismo, Romero Feris y Amaya sostuvieron que su fortalecimiento:

“(…) ha sido una quimera y dejó al descubierto la ficción de las autonomías provinciales. El jefe de Gabinete desafía al Congreso con sus inasistencias inconstitucionales; la autonomía de la ciudad y la ansiada participación ciudadana han sido avasalladas por la militancia política partidaria financiada con fondos públicos. ¿Cuántas iniciativas y consultas populares han prosperado?” (ROMERO FERIS Y AMAYA, 2012).

Personalmente, creo que lo más negativo fue haber cambiado el carácter codificado y rígido de la Constitución Histórica, haciendo peligrar los más sagrados derechos individuales de los argentinos, haber incrementado las ya amplias atribuciones del Poder Ejecutivo, y haber defraudado muchas expectativas, como el Consejo de la Magistratura, que no mejoró sino que empeoró al Poder Judicial.

IX. Incumplimiento

Veinte años de vigencia es un plazo prudencial para hacer un balance sobre cuáles de sus proclamados propósitos se cumplieron, y cuáles no.

Lo primero que se advierte es que varias de las nuevas disposiciones aún no se encuentran en vigencia.

Pero, además, tampoco se cumplieron otros propósitos que se invocaron para la Reforma. Por ejemplo: en cuanto a la autonomía porteña, aún se discuten cuestiones centrales, como el traspaso de la policía y la justicia ordinaria.

En algunos casos, las deficiencias de la Constitución no fueron suplidas por el Congreso al dictar las respectivas leyes complementarias. Por ejemplo: lo referido al “Derecho de Iniciativa”, del art. 39 de la Constitución: ese texto no prevé qué ocurrirá si el Congreso no trata el proyecto en el término de doce meses. La ley podría haberlo hecho, pero no lo hizo. El resultado ha sido que, en estos veinte años, desde 1994, sólo la ley del hambre más urgente, surgió por una iniciativa popular, pero gracias a que fue impulsada por el diario La Nación y varias ONG.

Los convencionales constituyentes establecieron fecha para la sanción de una nueva ley de coparticipación federal de impuestos, es decir el régimen de reparto de la recaudación tributaria entre la Nación y las provincias, que habría sido muy importante para asegurar la autonomía de las provincias. Según la cláusula transitoria sexta, esa norma que regula la relación fiscal con las provincias debía ser aprobada antes de la finalización de 1996. Veinte años más tarde, no sólo no se sancionó esa ley, sino que del tema ni se habla, en gran medida porque el sistema de la Constitución hace que sea muy difícil cumplir con el acuerdo entre el Estado Federal y los Estados Locales.

Otra deuda es que los marcos regulatorios de los servicios públicos deberían estar aprobados por ley (art. 42), pero sólo dos (gas y electricidad) cumplen con esa disposición, el resto se han establecido por decreto del Poder Ejecutivo.

En 1994 se constitucionalizó el amparo, con características mucho más amplias que la ley vigente, por lo que ésta debe ser reformada, pero en su momento fracasó en el Senado un proyecto aprobado por unanimidad en Diputados.

La Autonomía Municipal en las provincias (art. 123) tampoco se cumplió. El ejemplo más evidente es de la Provincia de Buenos Aires, cuya Convención Constituyente funcionó en 1994 en forma simultánea con la Convención Nacional, y no incorporó dicha autonomía, pese a que era uno de los temas habilitados para su reforma, pero no hubo acuerdo entre los convencionales.

X. Imprecisión

Otro de los aspectos que me parecen más criticables es que perdió gran parte de la claridad que tenía el texto histórico, tuvo una marcada imprecisión, que lleva incluso a autocontradicciones y mostró desprolijidad en su redacción definitiva. “Allí faltó un Juan María Gutiérrez que revisara lingüísticamente el texto” (VANOSSI, 1994).

Me remito a varios temas mencionados precedentemente: la delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia, los tratados internacionales.

A ello agrego ahora las atribuciones de la Corte Suprema: el art. 113 dice: “La Corte Suprema dictará su reglamento interior y nombrará a sus empleados”. Pero, de inmediato, en el art. 114, sobre el Consejo de la Magistratura, le otorga a este órgano enormes poderes que limitan las atribuciones del Tribunal: “Art. 114. El Consejo de la Magistratura, (...) tendrá a su cargo (...) la administración del Poder Judicial”. Más aún: le quita la bolsa; en el art. 114, inc. 3º dice: “Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia”.

Un ejemplo más: según consta en las actas de la Convención, el tema más debatido, al que le dedicaron mayor tiempo de discusión, fue el aborto. Al respecto había tres posiciones: quienes querían que expresamente se lo permitiera; otros, que claramente se lo prohibiera; y quienes pedían que la Constitución no dijera ni una cosa ni otra. Por ese motivo se introdujo el inc. 23 del art. 75 (Atribuciones del Con-

greso): “Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”. Así se dejó conformes a todos: cada uno lo interpretó según sus deseos. En un trabajo anterior mío critiqué esa redacción que me parece ininteligible, entre otros motivos porque parece sugerir que quien está embarazado es el niño, no la madre.

Vanossi atribuye tales imprecisiones y contradicciones a que la reforma de 1994...

“(…) es producto de un movimiento transaccional sucesivo; transacción tras transacción, es decir, unas tras otras fueron transacciones; en definitiva, una sumatoria de transacciones que la mayor parte de las veces respondieron a un “recuento de tantos,” es decir, a veces las transacciones eran entre los dos socios del pacto o a veces eran con un tercero que no era socio del pacto, por ejemplo el caso de los tratados de derechos humanos fue una transacción con el Frente Grande, dependía de cómo se contaban los porotos. Y esto ha llevado a un deterioro de la imagen de la Constitución. Porque en general, las constituciones nobles se sancionan, se elaboran, ésta se tramitó”. Esas transacciones “por lo general, se resolvían, según cuentan los periodistas, en bares y confiterías de los alrededores. El recinto estaba despoblado y en las comisiones únicamente se firmaban los despachos. Es decir, no hubo realmente debates donde las posiciones se ventilaran, se acordaran o se discordaran en público, ante los taquígrafos, ante la prensa y ante la opinión pública. No, los acuerdos se celebraban en otras partes, o no había acuerdos y, entonces, se tiraba la pelota para que el Congreso lo resolviera en el futuro” (VANOSSI, 1994).

Necesariamente, esto debía traer problemas de unidad y de coherencia en el texto constitucional. Y así ocurrió.

XI. ¿Una nueva reforma?

Finalmente, creo que en el futuro debería “emprolijarse” la Constitución, corrigiendo aquellas normas que requieren mayor claridad, restableciendo la independencia de los poderes y de los órganos de control, incluyendo cláusulas contra el nepotismo y, sobre todo, poniendo límites al enorme poder que se ha otorgado al Ejecutivo.

Pero, entiéndase bien: no en este momento. Siempre he sostenido que una reforma constitucional es algo muy delicado, que requiere un período de calma política, en que el tema central de preocupación sea, precisamente, la Constitución.

Más aún: soy de la idea que las constituciones deben reformarse con la menor frecuencia posible, porque es una manera de asegurar su respeto. Cuando se propicia permanentemente la reforma por cualquier motivo, se está diciendo que ese texto no es bueno.

Para reformar la Constitución se necesita un momento de tranquilidad institucional, porque una Convención Constituyente en un momento de crisis, o cuando una parte de la población está gravemente enfrentada con otra, puede ser algo sumamente peligroso. La Historia enseña que, en tales circunstancias, se desatan las pasiones políticas, y lo que se busca es sobreponerse al “enemigo”, y de ello resulta una Constitución para los vencedores, no una Constitución para todos. Y la Constitución debe ser un Pacto entre todos, no entre dirigentes, a la luz del día, no en la oscuridad. Debe ser sin exclusiones de ninguna clase, porque es el contrato social de una Nación, y la Nación somos todos.

La Constitución que tenemos vigente es la que surge de la Reforma de 1994, nos guste o no. Una Constitución puede ser buena, mala o regular. Pero lo peor es que no se cumpla. Y, pregonar permanentemente su reforma, lleva a cuestionar su cumplimiento.

XII. Conclusiones finales

En 1994 cundió el optimismo sobre las bondades de la Reforma. Fuimos pocos los que mostramos escepticismo sobre los resultados prácticos en el futuro inmediato.

Estos veinte años transcurridos deben servir para reflexionar en qué medida la Reforma de 1994 mejoró o empeoró las instituciones argentinas.

Lo que se necesita en el constitucionalismo del siglo XXI no es hacer largas enumeraciones de derechos, que después sean sólo ilusiones y buenas palabras, sino normas de cumplimiento real, que garanticen con efectividad esos derechos y libertades y limiten a los gobernantes.

En definitiva, como sostuve reiteradamente en 1994, y la aplicación de la Reforma ha confirmado en estos veinte años, creo que el texto anterior era superior al que ha quedado después de la Reforma.

XIII. Bibliografía

NATALE, Alberto, 2009. "A 15 años de la reforma. La autocrítica de los padres de la Constitución del 94. Ex convencionales admiten que la modificación de la Carta Magna no mejoró la institucionalidad", EN: *La Nación*, 23/08/2009. Sección Política, entrevista de Martín Dinatale.

- 1995. Comentarios sobre la Constitución (La Reforma de 1994). Buenos Aires: Depalma.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto, 1994. *Qué Puede Hacer la Convención Constituyente*". Buenos Aires: Zavallia.

ROMERO FERIS, José A. y AMAYA, Jorge Alejandro, 2012. "Ese irrefrenable afán reformista", EN: *La Nación*, 04/10/2012.

VAOSSI, Jorge Reinaldo, 2002. *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- 1994. "La Constitución evanescente (Una reforma espasmódica)". EN: *La Ley*, Buenos Aires, 1994-E, pp. 1246 y ss.

VENTURA, Adrián, 2009, *Exacerbó la concentración de poder*. EN: *La Nación*, 23/08/ 2009. Sección Política.

XIV. Legislación consultada

Ley 24.309. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 31/12/1993.

Ley 24.937, del 10 de diciembre de 1997. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 06/01/1998, (modificada por la ley 24.939).

Ley 24.939, del 18 de diciembre de 1997. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 06/01/1998, (modificatoria de la ley 24.937) Texto Ordenado por dec. 816/1999.

Ley 25.669, del 23 de octubre de 2002. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 19/11/2002.

Ley 25.876, del 11 de diciembre de 2003. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 22/01/2004.

Ley 26.080, del 22 de febrero de 2006. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 27/02/2006.

Ley 26.122. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 28/07/2006.

Ley 26.855. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 27/05/2013.

XV. Jurisprudencia consultada

CSJN, 19/08/1999, Fayt, Carlos S. *El Derecho, Suplemento Derecho Constitucional del 17/09/1999 con nota de A. Bianchi*.

CSJN, 07/04/1994, Polino, Héctor y otro c. Poder Ejecutivo (exp. feria 5/94) s/Amparo. *El Derecho*, Buenos Aires, 157-450.

CSJN, 01/07/1994, “Romero Feris, Antonio José c. Estado Nacional (Poder Ejecutivo) s/ Amparo”. *El Derecho*, 158-548.

CSJN, 24/08/2004, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros”. En *La Ley* 10/11/2004, 8, con comentario de María Angélica Gelli.

CSJN, 13/07/2007: “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad” Disponible en: www.infojus.gov.ar, [Fecha de consulta: 15/03/2014].

CSJN, 18/06/2013: “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) c. Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3034/13) s/ acción de amparo” Disponible en: www.infojus.gov.ar (Id Infojus: FA13000082) [Fecha de consulta: 22/03/2014].

La Corte Suprema reconoce un derecho fundamental: el derecho de acceso a la información pública

POR MARÍA DE LA NIEVES CENICACELAYA (*)

Sumario: I. Introducción. — II. El acceso a la información pública en el sistema interamericano.— III. El acceso a la información pública en el orden interno. — IV. El acceso a la información pública llega a la Corte Suprema de Justicia. — V. Conclusión. — VI. Bibliografía. — VII. Legislación consultada. — VIII. Jurisprudencia consultada.

Resumen: El artículo repasa el concepto de derecho de acceso a la información pública, sus dos dimensiones -como pilar del sistema republicano y como herramienta para el ejercicio de otros derechos humanos-, los estándares internacionales emanados de los órganos interamericanos y su recepción en el orden interno; todo ello con el objetivo de analizar los dos primeros fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que recientemente han reconocido este derecho fundamental.

Palabras clave: Libertad de expresión, derechos humanos, acceso a la información, Corte Suprema.

SUPREME COURT RECOGNIZES A BASIC RIGHT: FREEDOM OF INFORMATION

Abstract: We review freedom of information conception, its both angles -as a republican rule and as a tool to fulfill another human rights-, international standards set up by interamerican organs, and also how domestic laws supports this freedom; all that, in order to analyze the first two Argentinian Supreme Court judgements which have recognized this freedom.

Keywords. freedom of expression, human rights, freedom of information, Supreme Court.

I. Introducción

El acceso a la información en poder del Estado es, por una parte, un derecho fundamental que los Estados están obligados a garantizar y, al mismo tiempo, una exigencia de una sociedad democrática. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que el valor del acceso a la información comprende la promoción de los objetivos más importantes en las Américas, incluida una democracia transparente y efectiva y el respeto por todos los derechos humanos. El acceso a esta información, según dijo esta Comisión en el Informe 136/1999 del caso 10.388 (El Salvador - Ignacio Ellacuría), es igualmente necesario para evitar futuros abusos de los funcionarios gubernamentales y para asegurar la garantía de contar con recursos efectivos contra tales conductas. Como sostiene Nino (2008), sin la posibilidad de recibir información que se encuentra en poder del Estado los beneficios políticos que se derivan de un clima de libre expresión no pueden realizarse plenamente.

El derecho de acceso a la información pública está directamente vinculado con la publicidad de los actos de gobierno y la transparencia de la Administración Pública y, por ello, debe ser considerado un instrumento indispensable en toda república, por cuanto, como dijo la Corte Suprema en el caso "Ganora": "La forma republicana de gobierno que adoptó la Nación Argentina a través del texto cons-

(*) Profesora ordinaria adjunta de Derecho Constitucional, Cátedra I. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

titucional requiere de la publicidad de sus actos, sin perjuicio de aquellos que resulten de necesaria reserva o secreto”.

II. El acceso a la información pública en el sistema interamericano

El derecho a la libertad de pensamiento y de expresión tutelado en el Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos comprende el derecho a recibir la información bajo control del Estado y la obligación positiva del Estado de suministrarla, en forma tal que toda persona pueda acceder a esa información o recibir una respuesta negativa fundamentada, en el caso que el Estado limite el acceso por algún motivo permitido por la Convención. También incluye, como aclaran Abramovich y Courtis (2000) exigirle al Estado que elabore cierta información en los casos en que una norma establece esa obligación estatal de producción que se ha incumplido. El Estado, además, está obligado a publicar información a través de medios masivos cuando es, presuntamente, de interés general y ya se encuentra en su poder. En cambio, sólo debe ser puesta a disposición del interesado que la requiera puntualmente y no publicarla masivamente cuando no se presupone un interés general o resulta de cierta sensibilidad.

No obstante que en nuestra región, como advierte la Relatora para la Libertad de Expresión de la OEA, Catalina Botero (2012), aún es muy fuerte la cultura del secreto en el ámbito estatal, en los últimos años, ha habido notables avances para el derecho de acceso a la información pública, habiendo aprobado leyes en la materia varios países del hemisferio.

A su turno, en 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció en 2006, por primera vez, en el caso *Claude Reyes*, el derecho de acceso a la información en poder del Estado, estableciendo los estándares que deberán ser seguidos por las normas y las prácticas domésticas. Un ciudadano —Marcel Claude Reyes— pidió información al Comité de Inversiones Extranjeras de Chile sobre un proyecto de deforestación que se realizaría en el sur de ese país —y que podría afectar el ambiente— recibiendo una respuesta escasa y deficiente, sin dar el Estado fundamentos para ello. Claude Reyes reclamó, entonces, ante la justicia chilena, sin éxito. Finalmente recurrió al sistema interamericano que terminó condenando al Estado de Chile por haber violado derechos tutelados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Según el tribunal hemisférico, toda persona, sin necesidad de acreditar un interés especial, tiene el derecho humano de acceder a la información que el Estado administre o produzca o que deba administrar o producir. Asimismo, debe suministrar al público información en forma oficiosa y continua, y establecer mecanismos ágiles y eficientes de acceso a la información solicitada. La Corte estimó, asimismo, que la efectiva garantía del derecho a obtener esta información requiere que el Estado provea a los individuos la posibilidad de recurrir la omisión de respuesta, por medio de un recurso sencillo y rápido. Puso énfasis, además, en que en una sociedad democrática, la actuación de los órganos estatales debe guiarse por los principios de máxima divulgación, transparencia y publicidad.

III. El acceso a la información pública en el orden interno

En nuestro país, son varias las jurisdicciones (Buenos Aires, Catamarca, Ciudad de Buenos Aires, San Juan, Santiago del Estero, Tierra del Fuego) que reconocen el derecho de acceso a la información en su Constitución local y algunas también cuentan con leyes que expresamente garantizan este derecho: Buenos Aires, Ciudad de Buenos Aires, Chubut, Jujuy, Río Negro.

Por el contrario, en el orden federal, y pese a varios intentos que recogían los numerosos aportes realizados ONG's que dedican su labor a la promoción de los derechos civiles, hasta el momento, no se ha logrado la sanción de una ley en la materia. En dos oportunidades se estuvo cerca. La primera fue en 2004, cuando un proyecto con media sanción de la Cámara de Diputados llegó al Senado para fracasar en la Comisión de Asuntos Constitucionales. La segunda vez fue en 2012, cuando perdió estado parlamentario un proyecto que había obtenido media sanción de la Cámara de Senadores.

En 2003, se adoptó el decreto 1172 que reglamenta cinco instrumentos que aseguran el acceso “igualitario” de los ciudadanos a la información estatal y la consiguiente participación en las deci-

siones de los asuntos públicos para los casos que determina la propia norma y cuyo Anexo VII establece el Reglamento General de Acceso a la Información Pública. En su momento, esta norma representó un avance al prever mecanismos para acceder a información en manos del poder ejecutivo nacional: toda persona puede ejercitar su derecho a requerir, consultar y recibir información de cualquiera de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción de este poder. Sin embargo, en la práctica, ha demostrado su insuficiencia: la información suele entregarse tarde; otras veces incompleta o desactualizada; en ocasiones el Estado se niega a producir información que no posee y frecuentemente recurre a excepciones contenidas en el reglamento (contrarias a los estándares internacionales) para negar el acceso a la información. Finalmente, en no pocas ocasiones la respuesta es el silencio. Esta práctica ha provocado que los solicitantes que no encuentran satisfecho cabalmente su pedido tengan que acudir a la justicia.

IV. El acceso a la información pública llega a la Corte Suprema de Justicia

En el año 2009, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) presentó una acción de amparo con el fin de conocer el presupuesto individualizado por rubros que el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI) utilizó en publicidad durante los meses de mayo y junio de ese año, al no haber podido obtener esos datos en sede administrativa. La jueza de primera instancia hizo lugar a la acción, ordenando la entrega de toda la documentación solicitada, con costas a la demandada, quien recurrió la sentencia. La Cámara de Apelaciones rechazó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia, con costas a la vencida. Ésta interpuso recurso extraordinario que fue concedido y así el caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El Máximo Tribunal federal convocó a una audiencia pública con fines informativos, en los términos de la Acordada No. 30/2007. La audiencia tuvo lugar en noviembre de 2012. En primer lugar expusieron dos ejecutivos del PAMI quienes insistieron en que la institución no está alcanzada por el decreto 1172/2003 porque no es un “órgano estatal”. Por el contrario, los representantes de la ADC reiteraron que el PAMI está obligado a brindar la información requerida porque su vínculo con el Estado —más allá del encuadre jurídico que le asigne el ordenamiento legal— es evidente: es dirigido por alguien nombrado por el poder ejecutivo, es sujeto de control, puede ser intervenido y —fundamentalmente— maneja fondos públicos para la provisión de servicios de interés público.

Pocos días después, la Corte Suprema dictó sentencia en el caso, reconociendo por primera vez, de manera explícita, amplia y contundente el derecho de todos los ciudadanos a acceder a la información pública y ordenando al PAMI la entrega de los datos solicitados. Consideró que la negativa a brindarlos “constituye un acto arbitrario e ilegítimo en el marco de los principios de una sociedad democrática e implica, en consecuencia, una acción que recorta en forma severa derechos que son reservados (...) a cualquier ciudadano, en tanto se trate de datos de indudable interés público y que hagan a la transparencia y a la publicidad de la gestión de gobierno, pilares fundamentales de una sociedad que se precie de ser democrática”. En relación con los argumentos del PAMI para negarse a dar la información solicitada por la ADC por no ser un organismo que pertenezca al Estado, el tribunal remarcó que “no se discute la calidad no estatal del PAMI” pero que “la información solicitada es pública así como son públicos los intereses que el demandado desarrolla”, destacando que “todos los órganos del poder público” están alcanzados por el derecho de acceso a la información, siendo necesario prestar atención al “servicio que dichos sujetos proveen o las funciones que ejercen”, lo cual supone “incluir como sujetos obligados no solamente a los órganos públicos estatales, en todas sus ramas y niveles, locales o nacionales, sino también a empresas del Estado, hospitales, las instituciones privadas o de otra índole que actúan con capacidad estatal o ejercen funciones públicas”. También resaltó “la relación directa e inmediata” que existe entre este derecho y otros derechos humanos como el de la libertad de expresión, que en este caso estaba involucrada porque la información solicitada refería además, a la distribución de publicidad oficial.

Para apoyar su decisión, la Corte repasó la evolución del derecho de acceso a la información pública en el ámbito internacional y expresó que “el fundamento central del acceso a la información en el poder del Estado consiste en el derecho que tiene toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan”. Además, el acceso a la información “promueve la rendición de cuentas y la transparencia dentro del Estado y permite contar con un debate público sólido e informado”, aseveró el Máximo Tribunal de la República.

A comienzos de 2014, la Corte Suprema al confirmar un fallo de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo, ratificó su doctrina en un caso en el que la misma ADC había participado como patrocinante de otra ONG, el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC), quien había interpuesto un amparo contra el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, para que diera a conocer en detalle los datos sobre el manejo de fondos públicos vinculados a planes sociales. La solicitud en sede administrativa había sido rechazada con el argumento —utilizado con frecuencia por la Administración como excusa para negar información pública— de que la información requerida contenía datos personales sensibles que afectaban a grupos vulnerables.

La Corte, por el contrario, sostuvo en su sentencia que “el acceso a estos datos posee un claro interés público [ya que] para realizar un exhaustivo control social sobre el modo en que los funcionarios competentes han asignado estos subsidios resulta necesario acceder al listado de los distintos beneficiarios y receptores de los planes sociales”; y que esta información “no pertenece al Estado sino que es del pueblo de la Nación Argentina”. Y agregó que sólo “garantizando el control del accionar público en esta materia es que se podrán constatar los criterios empleados para la asignación de los subsidios y, en caso de detectar supuestos de arbitrariedad o desigualdad de trato, acudir a los correspondientes remedios legales en resguardo de los derechos de las personas que integran ese colectivo”. De este modo, el Máximo Tribunal argentino reafirmaba la importancia del acceso a la información para la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, si los ciudadanos no pueden conocer la forma en que el Estado invierte sus recursos para garantizar esos derechos, resulta sumamente difícil evaluar si las respuestas ofrecidas por las autoridades a situaciones de enorme vulnerabilidad y privación son adecuadas o no.

El Alto Tribunal resaltó, además, la necesidad imperiosa —por constituir “un verdadero reclamo social en nuestro país”— de que se sancione una ley de acceso a la información pública que establezca “con alcance general, pautas uniformes que permitan hacer efectivo este derecho.

V. Conclusión

La falta de una ley nacional de acceso a la información pública respetuosa de los estándares internacionales viola principios republicanos y también derechos humanos que exigen contar con información adecuada para su plena vigencia.

Los dos fallos recientes de la Corte Suprema reconociendo este derecho fundamental constituyen un valioso aporte para la realización del mismo. A partir de su ejemplaridad, es de esperar que las normas y las prácticas gubernamentales se tornen compatibles con la exigencia democrática de una ciudadanía informada y una gestión pública transparente.

VI. Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2000). “El acceso a la información como derecho”, En: *Anuario de Derecho a la Comunicación*, Buenos Aires, Siglo XXI. I, Vol. I.

BASTERRA, Marcela (2006). *El derecho fundamental de acceso a la información pública*. Buenos Aires, LexisNexis.

BOTERO MARINO, Catalina (2012). “Problemas persistentes y desafíos emergentes en materia de libertad de expresión en las Américas” EN: Rodríguez Garavito, César (coord.) *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires, Siglo XXI, ps. 271-301.

CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2010). *El derecho de acceso a la información pública en el marco jurídico interamericano*. Washington, Organización de los Estados Americanos.

LAVALLE COBO, Dolores (2009). *Derecho de acceso a la información pública*. Buenos Aires: Astrea.

NINO, Ezequiel (2008). “El derecho a recibir información pública —y su creciente trascendencia— como derecho individual y de incidencia colectiva”, En: Roberto GARGARELLA (coord.). *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*. Buenos Aires, AbeledoPerrot, ps. 797-817.

QUIROGA LAVIE, Humberto, BENEDETTI, Miguel Ángel y CENICACELAYA, María de las Nieves (2001). *Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.

VALLEFÍN, Carlos A. (2009). *El acceso a la información pública. Una introducción*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

VIII. Legislación consultada

Decreto 1172/2003. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 4/12/2003.

IX. Jurisprudencia consultada

Corte Suprema, 16/9/1999, “Ganora, Mario Fernando y otra s/ hábeas corpus”. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 1999, 322:2139 a 2173.

Corte Suprema, 4/12/2012, “Asociación Derechos Civiles c/ EN - PAMI (dto. 1172/2003) s/ amparo ley 16.986”. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 2012, 335:2393 a 2417.

Corte Suprema, 26/3/2014, “CIPPEC c/ EN — Ministerio de Desarrollo Social - dto. 1172/2003 s/ amparo ley 16.986”. Online, disponible en <http://www.csjn.gov.ar> (fecha de consulta: 27/3/2014).

Corte IDH, 19/9/2006. “Claude Reyes y otros vs. Chile”. Online, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf.

Los menores no punibles. ¿Resulta compatible su situación legislativa con la constitución nacional y tratados internacionales incorporados a ella?

POR VALERIA L. ANSELMINO (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Crisis paradigmática: de la tutela a la protección integral de derechos. — III. Situación legislativa de los menores no punibles en cuanto a la edad. — IV. Conclusión. — V. Bibliografía. — VI. Legislación consultada. — VII. Jurisprudencia consultada.

Resumen: El fenómeno de la mal llamada “Delincuencia de Menores” no deja de ser portada de diarios y revistas, como así tampoco es ajena al tratamiento doctrinario y legislativo.

La vida moderna muestra a nuestros jóvenes una serie de expectativas y objetivos, de difícil acceso a través de los medios convencionales. La sensación de frustración y de falta de incentivos en que los mismos se ven envueltos resultan el empujón final hacia el camino del delito. A lo que se suma la crisis de la familia, en donde se mantienen débiles contactos entre sus miembros. En este contexto, los “jóvenes delincuentes” se presentan como el producto de la desigualdad social, la pobreza extrema, la falta de oportunidades educativas y laborales, la desintegración familiar, el escaso tiempo que comparten padres e hijos, la frecuente exposición a la violencia en los medios de comunicación, el fácil acceso a las armas y a las drogas, la dificultad de niños y adolescentes para relacionarse con empatía y expresar sus sentimientos. Y actualmente, en el escenario descrito es donde tiene lugar el “bullyin” o “acoso escolar” entendido éste como a una especie de tortura (metódica y sistemática), en la que el agresor sume a la víctima, a menudo con el silencio, la indiferencia o la complicidad de otros compañeros (Sanmartín: 2006, 23). De este modo, los niños de las clases más rezagadas resultan especialmente vulnerables a la criminalización. Es por eso que el propósito de este trabajo es analizar y reflexionar acerca de la situación de los niños en conflicto con las leyes penales, en particular la de los “menores no punibles” en cuanto a su edad, porque se trata del supuesto en el que concentran las mayores contradicciones del sistema.

Palabras clave: menores, delito, conflicto, ley penal, punibilidad.

MINORS DO NOT PUNISHABLE. ¿IS IT CONSISTENT WITH YOUR LEGISLATIVE SITUATION THE CONSTITUTION AND INTERNATIONAL TREATIES INCORPORATED INTO IT?

Abstract: The phenomenon of so-called “Juvenile Delinquency” no longer front page of newspapers and magazines as well is not alien to the doctrinal and legislative treatment.

Modern life shows our young people a set of expectations and goals hard to reach through conventional media. The feeling of frustration and lack of incentives in which they are involved are the final push towards the path of crime. To which the crisis of the family, where weak contacts between its members are kept adds. In this context, the “young offenders” are presented as the product of social inequality, extreme poverty, lack of educational and employment opportunities, family breakdown, the short time that parents and children share, frequent exposure to violence in the media,

(*) Docente de Derecho Constitucional, Cátedra II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

easy access to guns and drugs, the difficulty of children and adolescents to relate with empathy and express their feelings. Thus, children in the most backward classes are especially vulnerable to criminalization. That's why the purpose of this paper is to analyze and reflect on the situation of children in conflict with the criminal laws, including the "not punishable under" about his age, because this is the course in concentrating the major contradictions of the system.

Key words: children, crime, conflict, criminal law, criminal liability.

I. Introducción

El fenómeno de la mal llamada "Delincuencia de Menores" no deja de ser portada de diarios y revistas, como así tampoco es ajena al tratamiento doctrinario y, por qué no, al legislativo, con ecos, este último, de un regreso a viejas épocas olvidadas en los desvanes de la historia, como si fueran el recetario mágico de soluciones a este problema.

Y se habla bien del término problema. Resulta obvio que la vida moderna presenta a nuestros jóvenes una serie de expectativas y objetivos, de difícil acceso a través de los medios convencionales. La sensación de frustración y de falta de incentivos en que los mismos se ven envueltos —no cabe ninguna duda—, resultan el empujón final hacia el camino del delito. A lo que se suma la crisis de la familia, en donde se mantienen débiles contactos entre sus miembros.

En este contexto, los "jóvenes delincuentes" se presentan como el producto de la desigualdad social, la pobreza extrema, la falta de oportunidades educativas y laborales, la desintegración familiar, el escaso tiempo que comparten padres e hijos, la frecuente exposición a la violencia en los medios de comunicación, el fácil acceso a las armas y a las drogas, la dificultad de niños y adolescentes para relacionarse con empatía y expresar sus sentimientos (BANDURA y WALTERS: 1990, 152). Y en particular las conductas agresivas exhibidas por niños y adolescentes indican que la familia, la sociedad y el Estado no les otorgan los recursos, herramientas y oportunidades para desarrollarse de manera integral.

De este modo, los niños de las clases más rezagadas resultan especialmente vulnerables a la criminalización.

Es por eso que el propósito de este trabajo es analizar y reflexionar acerca de la situación de los niños en conflicto con las leyes penales, en particular la de los "menores no punibles" en cuanto a su edad, porque se trata del supuesto en el que se concentran las mayores contradicciones del sistema. Contradicciones que se plantean tanto en el ámbito legislativo (sea entre normas constitucionales y legales de inferior jerarquía, sea entre leyes nacionales y provinciales que regulan similares medidas previstas para la no punibilidad en razón de la edad), como en el jurisprudencial (a través de sentencias que expresan opiniones muy dispares en torno a la validez de las leyes que abordan la temática de la infancia).

Mientras el marco espacial estará focalizado en la situación por la que atraviesa dicho grupo en la Provincia de Buenos Aires; el marco temporal se circunscribirá al período a partir del cual opera plenamente la ley 13.634 de Responsabilidad Penal Juvenil. Ello en virtud de que la ley 13.298 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños y la ley 13.634 que le es complementaria, vienen a adecuar la legislación provincial a las exigencias constitucionales e internacionales revolucionando los conceptos, el lenguaje y el diseño institucional erguido sobre el modelo tutelar.

Dentro de estos parámetros, se tratará de desandar el derrotero legislativo haciendo mención a las distintas leyes que rigieron en esta materia y que conformaron lo que se denominó "el Patronato", y como, a través de su crisis, se llega a la "Protección Integral del Niño". Dos paradigmas que responden a dos coyunturas estatales diversas: un Estado intervencionista y un Estado en franco retroceso.

Se centrará, fundamentalmente, en la Ley 13.634. Se hará referencia —en primer lugar— al contexto histórico en el cual se sanciona, resaltando las dificultades para su implementación y puesta en fun-

cionamiento. Se examinará el tratamiento que brinda a los menores no punibles, a fin de comprobar si la misma resulta compatible —en relación con el tema— con lo dispuesto por las normas nacionales, los tratados internacionales sobre la materia y la Constitución Nacional.

A modo de corolario, se concluirá con las reflexiones personales que surgieron en razón del abordaje de la temática escogida.

II. Crisis paradigmática: de la tutela a la protección integral de derechos

1) El paradigma del patronato

El origen del Patronato se manifiesta a través de la creación de los tribunales de menores en el siglo XIX tras las luchas redentoras de un sector de la sociedad denominado “los salvadores del niño” que pone su atención en los estratos más bajos de la sociedad, donde se vislumbran los malos comportamientos juveniles. Este innovador sistema de justicia especializada, es dirigido, esencialmente, a sustraer a los jóvenes infractores de la dureza del derecho penal de adultos, en contra de los ataques nocivos y perjudiciales de las grandes urbes. El positivismo siembra sus bases en este procedimiento, con la aplicación de las teorías “re” por medio de las cuales se rehabilita, reforma y reinserta a la sociedad luego de su tratamiento, al precoz delincuente seleccionado. En este proceso no hay acusación ni extremos representantes punitivos del Estado, sólo el juez como buen padre de familia, tratando a los menores traídos a su jurisdicción como a sus propios hijos. Tras el cambio de siglo y la propagación de esta justicia especializada, se exportan a nuestras tierras estas ideas de cambio, a punto tal que la Argentina es pionera en América Latina. El diputado Agote es el fiel representante del proyecto denominado “Protección de los menores abandonados y delincuentes” que luego es aprobado por ambas Cámaras a finales del año 1919. Nace, así, el Patronato de Menores (VITALE, 2005: 6).

De este modo, se abre una nueva etapa en la política de control-protección de toda una categoría, “los menores”, dentro de una clase social, cuya debilidad e incapacidad deben ser sancionadas jurídica y culturalmente. Las modificaciones que se introducen se caracterizan principalmente en el Juez de Menores como buen padre de familia, especializado, con un alto grado de poder discrecional.

La ley nacional 10.903 reformula el concepto de la patria potestad y de tutela, estableciendo derechos y deberes por parte de los padres con respecto a sus hijos y si bien no es una ley penal, tiene un alto grado punitivo ya que reglamenta las funciones de los defensores de menores, acuerda facultades a los jueces para disponer preventiva o definitivamente de todo menor de edad que incurre en contravención o delito o es víctima del mismo, autoriza a los jueces a imponer penas disciplinarias a los padres culpables de negligencias graves con sus hijos; pero la corona la lleva la incorporación del concepto marco abstracto e ilimitado de “peligro moral y material”, llave de ingreso a una suerte de ficción que funciona para resolver contradicciones sociales y la justificación suficiente para el mecanismo más claro de intervención, cual es la internación.

La educación debe reemplazar al castigo. La provincia de Buenos Aires en el año 1938 sanciona la ley 4.464 de creación de los Tribunales de Menores, en la que se incorpora y perfecciona todas las ideas tutelares. La competencia respeta los lineamientos nacionales en cuanto a la equiparación del menor abandonado/víctima y delincuente; y la inclusión del concepto de peligro moral y material al que esta vez no intenta definirlo. Lo que precisa la intervención del Tribunal de Menores no es tanto el delito ni el abandono, sino la situación irregular en la se encuentra el menor, de la cual el delito y el abandono no son más que síntomas. La ley detalla minuciosamente la actuación de la policía cuya intervención en un procedimiento sencillo y con escasos recursos, ocupa un rol esencial. La confianza ciega en los instrumentos utilizados por el positivismo determina objetivamente la destrucción del principio de legalidad. La persona menor de edad imputada de delito se halla en una categoría de sujetos débiles a quienes los instrumentos científicos permiten detectar como potenciales delincuentes. Las limitaciones a las garantías procedimentales también se ejercen en el ámbito de la defensa. La asistencia letrada depende de que éstos tengan padres o tutores a los que se designe y, aún en esta circunstancia, la propuesta debe ser admitida por el Juez, quien evalúa previamente la categoría de

los padres y tutores para poder dar viabilidad a la petición. Más allá de la aceptación o el rechazo de la propuesta, siempre interviene el asesor de menores, ya que en este proceso especial no existe el agente fiscal porque no hay nada que acusar, pero mucho para educar. El asesor de menores es el defensor de los intereses del menor de edad y de la sociedad. La negación del conflicto menor-sociedad va a ser otro elemento preponderante que se suma al desequilibrio de fuerzas, al expropiarse las garantías constitucionales bajo una justificación protectora. La prueba es evaluada de acuerdo a la convicción sincera del juez y teniendo en cuenta principalmente la condición psicológica del menor de edad. La intervención, inclusive asistencialmente, se puede prolongar hasta los 21 años de edad.

2) El advenimiento del paradigma de la protección integral de derechos

Es en los años sesenta cuando se comienza a discutir con mayor claridad, en los Estados Unidos de América, las características de la justicia especializada de menores. El argumento principal esgrimido es la inconstitucionalidad del procedimiento. Se denuncia un sistema penal juvenil en el cual no se resguardan los derechos del joven, violando las garantías constitucionales del debido proceso.

Los cambios que se inician en la década de los sesenta en el sistema productivo de nuestro país y, fundamentalmente, la crisis en los setenta, consolidan los bolsones de pobreza estructural. Las transformaciones económicas y sociales que caracterizan a la década del ochenta tienen un gran impacto en las condiciones de vida de la población. La fuerte recesión, que tiene entre sus principales desencadenantes el peso de la deuda externa, se traduce en un notable deterioro de la capacidad que el sistema productivo tiene de generar empleo. En consecuencia, el aumento de la desocupación, la subocupación, el importante corrimiento de trabajadores hacia sectores de menor productividad y la consecuente consolidación del denominado sector informal derivan en un importante menoscabo en el nivel de los ingresos. La falta de seguridad es un tema que se instala cada vez con mayor fuerza (ARONSKIND: 2000, 43).

En el país, este cambio de la coyuntura es acompañado por cambios legislativos. En 1980 la ley 22.278 reemplaza a la ley 14.394 del año 1954 (que posteriormente es modificada por la ley 21.338 del año 1976) que sustrae a los menores del ordenamiento penal común u ordinario e instaura un régimen propio de contenido tutelar. En la provincia de Buenos Aires en 1983 se sustituye la ley 4.664 por el dec.-ley 10.067/1983.

Sin embargo, más allá de las modificaciones que tienen lugar a partir de las nuevas leyes, el paradigma tutelar continua vigente.

A fines de la década de los '80, principio de los '90, en el ámbito de los derechos humanos a nivel internacional comienza a crecer la preocupación sobre la infancia como sector de la sociedad especialmente vulnerable. Esta preocupación se plasma en diversos instrumentos.

Luego de casi 10 años de debate acerca de sus alcances y contenidos, la Asamblea General de Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989 aprueba la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

La Convención junto con otros instrumentos internacionales marcan el cambio de paradigma de la situación irregular al paradigma de la protección integral. Se separan las cuestiones referidas a las políticas sociales de aquellas relativas al derecho penal. Se modifica sustancialmente el proceso de menores. Se incorporan garantías, y se blanquea el real carácter de la "internación" sea cual fuere su justificación, como pena privativa de la libertad. A esta pena se le da un lugar excepcional en su aplicación y por el plazo más breve necesario.

Las garantías que tiene el niño-adolescente son todas aquellas que se reconocen al adulto, más garantías específicas, como la de ser juzgado por un tribunal específico, con procedimientos definidos y a que su responsabilidad por el acto se exprese en consecuencias jurídicas absolutamente diferentes de la que se aplican en el sistema de mayores (BELOFF, 1999: 20).

Dos décadas después de la aprobación de la C.I.D.N., la Argentina continuó debatiéndose entre la doctrina tutelar y la doctrina de protección integral de derechos, intentando adecuar su legislación y sus prácticas.

Debe resaltarse que este cambio de paradigma es significativo en cuanto a su impacto sobre el grupo etario al que se refiere este trabajo: los niños no punibles en virtud de su edad. Ello en la medida en que, al deslindarse en el paradigma de la protección integral de derechos la intervención penal de la asistencial o proteccional, el menor de 16 años debe ser sujeto de políticas de promoción y protección de derechos y no de política criminal.

III. Situación legislativa de los menores no punibles en cuanto a la edad

En estas últimas décadas la celeridad y multiplicidad de reformas y la incorporación de nuevas normas —tanto en la Nación como en la Provincia— genera una intrincada red legal. La inclusión constitucional de numerosos tratados internacionales a nuestro derecho interno repercute también sobre este engorroso panorama legislativo.

Teniendo en cuenta ello, cabe preguntarse: ¿Qué sucede en el ámbito de la infancia? ¿Cómo impacta la incorporación de la Convención Internacional de Derechos del Niño en nuestro derecho? ¿Qué influencia tiene la sanción de la ley 26.061 de Nación respecto a la ley 22.278 y al proceso penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires? ¿Cómo se insertan las leyes provinciales 13.298 y 13.364 en este contexto normativo? ¿Qué peso tienen en relación a estas leyes los decs. 300/2005, 151/2007? ¿Y las resoluciones del Ministerio de Desarrollo Humano 166, 171, 172? ¿Cómo interaccionan estas normas con la ley 11.922 que regula el proceso penal en la Provincia? ¿Cómo lo hacen con las disposiciones relativas a los menores de edad que contiene el Código Civil? ¿Qué sucede con la ley 12.061, y en especial con el rol del Asesor de Incapaces? ¿Qué relevancia tienen las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”, 28/11/1985), las Directrices de RIAD (14/12/1990) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (14/12/1990), así como todos los instrumentos tuitivos de Derechos Humanos (C.A.D.H.) en la configuración de la base mínima de derechos y garantías que los Estados deben asegurar a los niños en conflicto con la ley penal?

Las respuestas a todos estos interrogantes exceden las ambiciones de este trabajo. Se intentará -no obstante- explorar alguna de las respuestas acercando la mirada a este complejo conjunto normativo. En primer término ubicando históricamente la sanción de la nueva legislación en materia de infancia y luego centrándose en el tratamiento que ésta le da a la situación de los niños no punibles en virtud de la edad, a fin de determinar su compatibilidad con la Ley Fundamental y los tratados incorporados a ella.

1) Contexto histórico en el cual se sanciona la ley 13.298

Como se dijo, la Convención Internacional de los Derechos del Niño es la que marca el tránsito de un paradigma a otro.

La misma es parte de nuestro derecho interno desde el año 1990 (ley 23.849), con jerarquía constitucional desde 1994 (art. 75 inc. 22). No obstante ello, no es hasta el año 2005 que se adecua parcialmente la legislación interna a sus requerimientos.

En la Nación se sanciona la ley 26.061, Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La reforma no alcanza a la ley 22.278, que regula el régimen penal juvenil, aunque indudablemente repercuten sobre ella las modificaciones sobre del conjunto normativo.

En la Provincia de Buenos Aires en el año 2005 surge la ley 13.298, Ley de la promoción y protección integral de los derechos de los niños. En el año 2000 se intenta una reforma similar con la ley 12.607, que nunca llega a aplicarse.

El conflicto suscitado en torno a ambas leyes, la 12.607 —primero— y la 13.298 —más tarde—, está vinculado principalmente a la nueva distribución de competencias que éstas disponen entre las distintas dependencias del Ministerio Público (Fiscales, Defensores y Asesores de Menores e Incapaces) y entre los organismos administrativos (Servicios Zonales de Promoción y Protección de Derechos) y judiciales (Juzgados de Familia, por un lado; Juzgados de Garantías y Responsabilidad Penal Juvenil, por el otro).

La crítica y resistencia a la reforma no se sustenta en la ley misma, la cual no hace más que desarrollar aquello que sostiene la Constitución Nacional. La denuncia recae sobre la falta de acciones concretas para dotar a la ley de eficacia, la escasez de recursos humanos y materiales y la falta de acuerdos definidos entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, así como entre los distintos organismos de este último (Ministerio de Desarrollo Humano y Ministerio de Salud) para materializar las mandas legales.

De este modo, la ley 13.298 sancionada en el 2005, se suspende hasta el 18 de abril del 2007. Luego de un periodo de transición fijado de forma diferencial para los distintos departamentos judiciales de la Provincia, entre los años 2008 y 2009 se implementa definitivamente el régimen establecido en la ley 13.298 y 13.634.

Estas dos normas, recurren en numerosas redundancias respecto a la C.I.D.N. Erigen al interés superior del niño como principio rector (arts. 4º, 6º, 7º —ley 13.298—), se fomenta su participación (art. 5º —ley 13.298—; art. 3º —ley 13.634—) y se da a la familia un lugar prioritario en su formación y desarrollo (arts. 3º, 9º —ley 13.298—; art. 7º —ley 13.634—). Se desjudicializan los conflictos sociales, se descentralizan las políticas sobre la infancia, se da a los órganos administrativos la intervención originaria respecto a la vulneración de derechos del niño (arts. 14, 16, 18, 22, 32 —ley 13.298—). Se reserva a los órganos judiciales el control de legalidad de las medidas especiales de protección de derechos dispuestas por los órganos administrativos y la resolución de conflictos jurídicos (no asistenciales) y se diferencia la intervención penal de la civil y proteccional (arts. 32, 35 inc. h —ley 13.298—; arts. 16, 27, 28, 29 —ley 13.634—).

Respecto al proceso penal juvenil provincial, la ley 13.634, en líneas generales, reproduce los principios, derechos y garantías constitucionales sostenidos en los arts. 18, 19 y 75 inc. 22 —C.N.—; 12, 37 y 40 —C.I.D.N.—; 10 —Const. Prov.—; 8º —C.A.D.H.—; 14.3º —P.I.D.C.yP.— entre otros. Establece un proceso penal acusatorio. Incorpora al proceso penal juvenil la figura del Fiscal y del Defensor independiente del Asesor de Menores (art. 31). El Agente Fiscal es quien recolecta la prueba y en su caso realiza la acusación. La Defensa es ejercida por un Defensor oficial o particular. Se escinde claramente la etapa de la investigación penal preparatoria de la del juicio, así como las funciones y roles dentro de cada una de ellas (arts. 26, 28, 29). El juez que actúa durante la investigación preparatoria no es el mismo que interviene en el juicio.

2) Los niños no punibles

La C.I.D.N. de jerarquía constitucional exige a los Estados establecer una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales (art. 40.3º —C.I.D.N.—).

La ley 22.278 (t.o. 22.803) establece que no es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Dispone que si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre. También agrega que si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.

La ley 26.061 (art. 76) en Nación y la ley 13.298 (art. 67) en Provincia derogan la ley 10.903 y el dec.-ley 10.067 respectivamente, que sostenían al Patronato de Menores.

Se dice que la derogación de la ley 10.903, impacta directamente sobre el “Régimen Penal de la Minoridad” previsto por la Ley 22.278, en cuanto a que el instituto de la “disposición” previsto en ella está genéticamente conectado al Patronato del Estado (MIGUEL, 2).

Ambas leyes, siguiendo los lineamientos de la doctrina de la protección integral, desplazan el eje de la protección de derechos del Poder Judicial al Poder Administrativo. La actividad de los Jueces

queda reservada a una función técnica y a apartada de toda connotación de tutela (D'ANTONIO: 2006, 892).

La jurisprudencia se inclina por distintas soluciones. Algunos jueces decretan la inconstitucionalidad del art. 1º de la ley 22.278 (DOMENECH: 2008, 6) en cuanto permite al juez de menores disponer de un niño no punible de forma provisoria o definitiva, por constituir ésta una fragante violación a los principios de legalidad, reserva, culpabilidad, inocencia, interés superior del niño y la garantía del debido proceso (arts. 18, 19, 33, 75 inc. 22 —C.N.—; 3º, 37, 40 —C.I.D.N.—; 8º —C.I.D.H.— y ccdtes.). Otros prefieren mantener la constitucionalidad de la norma, reinterpretándola. Así, la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de La Plata, en la causa M-12.235 “M. J. S/Habeas Corpus”, de fecha 18 de mayo del 2007, estima que la derogación del dec.-ley 10.067 y la implementación del sistema de la nueva ley impiden la criminalización de las conductas de los menores que aún no han cumplido los 16 años. Afirma que en ese contexto una interpretación progresiva del art. 1º de la ley 22.278 permite atribuir a la expresión referida a que el juez “dispondrá definitivamente” del niño o joven, el sentido de que lo hará a través de su derivación a los servicios locales de protección de derechos del niño que actuarán en el marco de sus programas específicos. Esta posición coincide con la postura adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el expediente “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa 7537”.

La renuncia a la persecución penal de los niños o jóvenes no punibles por parte del Estado responde a criterios de política criminal y no a una falta de capacidad o de discernimiento en el niño o el joven. La Doctrina de Protección Integral de Derechos que inspira la C.I.D.N. y los sistemas judiciales que se construyen sobre ella entienden al niño como un sujeto pleno, con capacidad para comprender y guiar sus actos, así como para responsabilizarse por ellos.

El niño no punible es sujeto de derechos y responsabilidades. La calificación de “niño” por lo que no es, no tiene o le falta (el in-fante; el in-maduro, el i-rregular, el in-adaptado, el in-sano) es propia de la doctrina de la situación irregular. La condición jurídica de no punibles no es equivalente a la de inimputable, no en los términos del art. 34 del Código Penal argentino (ARRESTO, 2007: 18).

La exclusión de los niños no punibles del proceso penal implica una renuncia del Estado al ejercicio de la coacción estatal y no una expulsión de los menores de 16 años del sistema de garantías previsto por el ordenamiento jurídico.

Los niños, aún los no punibles, son titulares de los derechos y garantías de todo ser humano ante la persecución penal. Deben garantizarse respecto al menor no punible los principios establecidos por los arts. 18, 19, 75 inc. 22 —C.N.—; 3º, 4º, 37.b, 40 —C.I.D.N.—; 7º —C.A.D.H.—; 19 —ley 26.061—; Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas 1, 2, 11b y concordantes) y las Reglas de Beijing (Regla 19).

En la OC-17/2002 (caso 10.506 de la Argentina, 15/10/1996) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se expide respecto del art. 19 de la C.A.D.H. (derecho del niño) afirmando que las garantías judiciales son de observancia obligatoria en todo proceso en el que la libertad personal de un individuo está en juego; y que las reglas del debido proceso se hallan establecidas, principal pero no exclusivamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, las reglas de Beijing, las reglas de Tokio y las Directrices de Riad.

La ley 13.634 —modificatoria de la ley 13.298— regula el proceso penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires. En el Título III relativo al Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil, dedica el Capítulo II a las “Disposiciones Generales del Proceso Penal”. El primer artículo del capítulo reza que el presente régimen es aplicable a todo niño punible, según la legislación nacional, imputado de delito en jurisdicción territorial de la provincia.

¿Debe suponerse entonces que las disposiciones del proceso penal juvenil no son aplicables a los niños no punibles? Esto trae numerosas confusiones y diversidad de interpretaciones entre los operadores del sistema. Una de ellas versa sobre la declaración del imputado.

¿Debe tomarse declaración al niño no punible? Hay quienes entienden la comparecencia del niño a efectos de ser oído como un acto de coerción improcedente respecto de quien está excluido de la persecución penal. Otros entienden que éste es un derecho del niño imputado que tiene que hacerse efectivo.

Además, cabe preguntarse ¿Es lo mismo sobreseer a un niño por el art. 1º de la ley 22.278 que sobreseerlo por qué el hecho investigado no existe, no encuadra en una figura legal o el delito no es cometido por el imputado, previstos estos tres últimos supuestos en el art. 323 del C.P.P.B.A.? ¿Y qué sucede con la exigencia del art. 1º de la ley 22.278 relativa a la comprobación del delito? ¿Y la exigencia del art. 40.1º de la C.I.D.N., de reconocer el derecho de todo niño —de quien se alegue que infringe las leyes penales— a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto de éste por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover su reintegración, como así también que asuma una función constructiva en la sociedad? ¿Y el derecho a ser informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispone de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa como se cumplen respecto del niño punible (art. 40.2.b.ii —C.I.D.N.—)? ¿Y el derecho a interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad (art. 40.2.b.iv —C.I.D.N.—)? ¿Puede ejercerlo el niño no punible? ¿Puede hacerlo aún después de ser sobreseído?

Como se dijo, el Estado renuncia a la intervención coactiva respecto de los menores de 16 años en virtud de una opción de política criminal.

En este sentido, el párr. 31 de la observación general 10 sobre “Derechos de los Niños en la Justicia Juvenil”, del Comité de los Derechos del Niño precisa que edad mínima a los efectos de la responsabilidad penal (EMRP) significa que los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido esa edad mínima no podrán considerarse responsables en un procedimiento penal. Alega que incluso niños muy jóvenes tienen la capacidad de infringir la ley penal, pero si cometen un delito antes de la edad mínima establecida, el presupuesto irrefutable es que no pueden ser formalmente acusados ni considerárseles responsables en un procedimiento penal; si es necesario, podrán adoptarse medidas especiales de protección en el interés superior del niño (VILLAVERDE, 2007: 1356).

Adviértase que lo que no puede valorarse respecto de un niño no punible es su culpabilidad. Ello no implica que no deba probarse su autoría y participación en un hecho delictivo. Caso contrario, la mera sindicación de un niño no punible como autor bastaría para endilgarle el delito. Ello con la doble carga de acusar a un inocente y dejar impune al culpable. El hecho de que el niño menor de 16 años sea “no punible”, es decir, que respecto a él no quepa la aplicación de una pena legal, no significa que la imputación penal no tenga consecuencias a su respecto; efectivamente, las tiene. Consecuencias extrajurídicas, que pueden ir desde la condena social hasta el ajusticiamiento privado, y jurídicas, las cuales pueden ser en muchos casos asimilables a las penas.

Conforme al sentido amplio de la privación de la libertad, adoptado por el Sistema Internacional de las Naciones Unidas y por nuestro sistema local, no solamente es privación de la libertad la que se denomina pena, sino también toda modalidad de detención, prisión, encarcelamiento o internación en establecimientos de los que no se permita salir a los niños o adolescentes por su propia voluntad.

Mucho se dice al respecto en el marco de la ley 22.278 en cuanto autoriza la “disposición definitiva” del niño no punible.

Pero volviendo a la ley provincial, la 13.634 dedica el Capítulo VI a los “niños inimputables”. Allí el art. 63 dispone que en el supuesto de inimputabilidad por la edad, una vez comprobada ésta, el fiscal deberá solicitar al Juez de Garantías el sobreseimiento.

No obstante ello, en la segunda parte del art. 63 se prevé que sin perjuicio del cierre del proceso penal respecto del niño, si se advirtiere la existencia de alguna vulneración de sus derechos específicos,

el Juez de Garantías establecerá la pertinencia de aplicar alguna de las medidas de Protección Integral de Derechos establecidas en la Ley 13.298, en cuyo caso solicitará la intervención del Servicio de Protección de Derechos correspondiente. Este artículo es interpretado de diversas formas. Hay quienes entienden que el Juez de Garantías es quien debe aplicar la medida de Protección y quienes piensan que éste sólo debe enviar el caso al órgano administrativo para que la adopte, cerrándose la causa.

Lo cierto es que esta norma sirve para justificar medidas análogas a las que se adoptaron dentro del marco del sistema tutelar. Aquéllas que fueron criticadas por “fraude de etiquetas”. El encierro como medida de protección (pese a la proscripción de las leyes 13.298 y 26.061). Esta situación se encuentra propiciada por la falta de recursos administrativos y la inexistencia de políticas públicas en torno a la infancia que dan una respuesta a la situación de vulneración de derechos de los niños en “el afuera”. En ocasiones, el encierro se presenta como la opción “menos peor”. La política criminal de un Estado no está plasmada tanto en lo que éste dice, sino en lo que éste hace.

Ello es una primera consecuencia jurídica de la imputación penal, la medida adoptada por el juez de garantías, aún cerrado el proceso penal. La otra es la medida de seguridad. El art. 64 de la ley 13.634 admite —en casos de extrema gravedad en los que las características del hecho objeto de intervención del sistema penal aconsejen la restricción de la libertad ambulatoria del niño inimputable— la disposición de una medida de seguridad restrictiva de libertad ambulatoria a pedido del Agente Fiscal (ÚNGARO, 2008: 92).

¿El niño no punible, fuera de las disposiciones del proceso penal juvenil según el art. 32, puede ser legítimamente privado de la libertad? ¿En estos casos el niño tiene derecho a ser oído (de lo que se deriva la posibilidad de abstenerse para no declarar contra sí mismo) o la causal de sobreseimiento por la edad vuelve innecesaria también -en este supuesto- tal escucha? ¿Está satisfecho el principio de legalidad cuando se fundamenta la privación de la libertad en la “extrema gravedad” del caso? ¿Quién define esta extrema gravedad?

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso “Gangaram Panday”, establece que nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal).

¿Qué carácter tiene tal privación de la libertad? No puede hablarse de pena. Tampoco puede justificarse como una prisión preventiva, ya que no hay actuación de la ley sustantiva que asegurar. ¿Es una medida de seguridad? Y en caso afirmativo ¿De qué características? ¿Es una medida curativa? No parece serlo, pues no está determinada por circunstancias del sujeto sino del hecho: su extrema gravedad.

¿Es una medida de protección? El art. 33 de la ley 13.298 establece que en ningún caso una medida de protección de derechos puede significar la privación de la libertad ambulatoria del niño. En idéntico sentido se expide la ley nacional 26.061 en el art. 41 inc. e) (GUTIÉRREZ y GULMINELLI: 2007, 963).

Por otra parte, aún siéndolo, no es el Juez de Garantías el órgano competente para adoptar una medida de esta naturaleza. Debe darle intervención al Servicio de Protección de Derechos y éste en su caso hace el planteo pertinente ante el Juez de Familia, todo ello con la intervención de la Asesora de Incapaces ¿O no es así? Tampoco hay acuerdo en este punto.

El Comité de Derechos del Niños recomienda firmemente que los Estados Partes fijen una edad mínima de responsabilidad penal que no permita, a título de excepción, la utilización de una edad menor (VILLAVARDE, 2007: 1357).

El art. 64 prevé una excepción incompatible con el texto y la interpretación más reciente del derecho internacional de derechos humanos (art. 40.3.a —C.I.D.N.— y párrs. 31 y 34 de la observación General 10, sobre “Los Derechos de los niños en la justicia juvenil” del Comité de Derechos del Niños, 25/0472007) (VILLAVARDE, 2007: 1356).

Los arts. 63 y 64 amenazan con debilitar uno de los mayores meritos de la C.I.D.N. Este es diferenciar claramente la intervención proteccional de la penal, reemplazar el concepto de “niños en peligro material o moral” para instalar dos conceptos claramente diferenciados: niños con derechos vulnerados y niños en conflicto con la ley penal. Siguiendo este lineamiento, la ley 13.298 (al igual que la 13.634) da un tratamiento diferenciado al Fuero de Familia respecto al de Responsabilidad Penal Juvenil. Lo mismo sucede respecto al Sistema de Promoción y Protección de Derechos del Niño y el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, regulado el primero en el dec. regl. 300/2005 y el segundo por dec. 151/2007. También la intervención del Ministerio de Desarrollo Humano en el Sistema de Promoción y Protección de Derechos del Niño está regulada de forma independiente de su intervención en el marco del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil (Res. 171 MDH y anexos y Res. 172 MDH y anexos respectivamente).

No obstante ello, en el tratamiento que hace la ley 13.634 respecto a los no punibles, así como en las prácticas, esta distinción no es tan clara. Aún es difícil de escindir la intervención penal de la proteccional. La ambigüedad y vaguedad de la ley, sumado a la superposición de normas, muchas veces contradictorias, coadyuva a ello. Hay determinados casos donde no se encuentra bien definido qué órgano interviene y cómo debe hacerlo. Esto, por un lado, retrotrae a situaciones análogas a las de la criticada “situación irregular”, en la cual el derecho penal de autor y consideraciones positivistas cobran preponderancia. En el otro extremo se presenta una intervención penal “aséptica” en la cual la vulneración de derechos del niño es invisibilizada por el conflicto penal.

Un ejemplo de ello son las contradicciones tanto en la ley como en los fallos judiciales en torno a los no punibles y las cuestiones suscitadas en torno a su inclusión o no en el proceso penal, la adopción de medidas de coerción, seguridad o de protección a su respecto, y los casos de la libertad automática sin consideración alguna respecto a la existencia de derechos vulnerados.

La ley no vive en las hojas de los códigos, sino en las resoluciones de los jueces. Y estos a su vez, inmersos en un sistema que los atraviesa e influye y en una sociedad que los azuza y demanda. Es fundamental, en este contexto, que la magistratura asuma un compromiso militante para preservar los derechos fundamentales.

Si bien existen avances en el plano legal, la ley formal por sí sola no tiene potencia suficiente para transformar la realidad. Para que la reforma sea efectivamente posible debe darse un cambio real en el contexto social y a partir de ella gestarse nuevas prácticas y cosmovisiones. Todavía queda un largo camino por recorrer. Esta intrincada urdimbre de normas e instituciones y la especial situación de los menores de edad generan conflictos en la intervención que es necesario ajustar (VILLAVARDE, 2007: 1357).

IV. Conclusión

En el desarrollo del presente trabajo se intentó demostrar que los lineamientos de política criminal que diagrama la ley muchas veces se confrontan con discursos y prácticas antagónicas. ¿Cuál es la política criminal seguida a los niños no punibles en conflicto con la ley penal en la Argentina, y en particular en la provincia de Buenos Aires? ¿La que se encuentra plasmada en los instrumentos y reglas que deben orientar el ejercicio de la violencia estatal o el conjunto de decisiones que resuelven en definitiva la suerte de estos niños?

Por un lado la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22) adopta la “Doctrina de la Protección Integral de los Derechos del Niño” (D.P.I.) y el modelo de Responsabilidad Penal Juvenil que le es inherente. Ello implica la opción por un derecho penal mínimo, por un sistema de garantías, de responsabilización, reparación y cohesión social. Se habla de un derecho penal de acto y de intervención mínima en el marco de un proceso penal acusatorio.

Por el otro, el Poder Ejecutivo —principal responsable de la política criminal— hace de ésta un instrumento político muchas veces lejano e indiferente a las exigencias constitucionales. El sistema penal no es neutral.

Los niños no punibles de las clases más rezagadas son especialmente vulnerables a la criminalización. No sólo porque en virtud de sus escasos recursos y experiencia son proclives a la comisión

de hechos burdos de fácil detección, sino también porque son utilizados para cometer ilícitos o se les imputan delitos ajenos para lograr la impunidad del crimen. A esto se suma la impronta de los medios de comunicación que colocan al “problema de los menores inimputables” en el eje central de la inseguridad.

La transformación legislativa en la provincia era necesaria para dar un sentido colectivo a la diversidad de esfuerzos dispersos, pero no es suficiente. El Derecho no es sólo derecho positivo. La transición del paradigma tutelar hacia el paradigma de la protección integral de derechos exige repensar a la infancia. Desterrar prácticas y conceptos profundamente arraigados. Una recuperación de las formas democráticas de convivencia social en todos los ámbitos, principalmente en el cultural, jurídico e institucional.

No puede desprenderse del concepto de inimputabilidad una tutela cosificante del niño, con consecuencias incapacitantes y restrictivas a sus derechos. El principio de legalidad debe reemplazar al de la tutela de la irregularidad, así como el juicio de la responsabilidad debe sustituir al de peligrosidad definitivamente.

La no punibilidad del niño no debe asociarse con la inimputabilidad en términos de incapacidad o enfermedad. Su no punibilidad es una elección de política criminal del Estado. Éste entiende que el conflicto penal debe resolverse por medios distintos a los utilizados respecto al adulto. Claro está que de esta decisión no puede derivarse el cercenamiento del derecho del niño a ser escuchado, al debido proceso y en su caso, a ofrecer una reparación y asumir su responsabilidad por él. El niño es plenamente capaz, una persona completa en una determinada etapa de su desarrollo.

La C.I.D.N. proporciona la base para la desjudicialización, descriminalización, desinstitucionalización y el debido proceso. Es deber del Estado establecer una pluralidad de medidas para ello en un continuo diálogo con la sociedad civil.

La implementación defectuosa de la ley, a esta altura es inadmisibles.

En el crimen y el castigo se reflejan los aspectos básicos de la sociedad. Es momento de detenerse a observar colectiva y críticamente el reflejo en nuestro espejo. Las políticas que se desarrollan en torno a la infancia se sostienen en determinadas condiciones sociales y culturales que hacen que ciertas posturas y arreglos sociales parezcan posibles y deseables (GARLAND, 2007: 173).

El subterfugio de las constantes reformas legislativas y la incriminación a los jueces “garantistas” es un placebo que distrae de esta evidencia y de la búsqueda de soluciones reales. No se encontrará la codiciada seguridad en los estrechos límites del sistema penal.

La titularidad de los derechos humanos es un presupuesto necesario pero no suficiente para que se extiendan a los niños el concepto y reglas de la democracia. Se requiere que formen parte de ella como sujetos activos. Es decir, que su consenso sea necesario para determinar la producción o validez de las reglas sociales (BARATTA, 1999: 80).

Se debe construir un modelo de justicia penal juvenil que permita el control del delito sobre la base de principios legales y éticos que superen al modelo punitivo. Formas de control social democrático que protejan y garanticen a los débiles. Ello a través de mecanismos que permitan darle mayor participación a los jóvenes en los beneficios comunes de la educación, el trabajo, la política y la cultura, generando —a su vez— condiciones de vida que se opongan al surgimiento de los comportamientos ilícitos criminalizados.

No debe perderse de vista que el núcleo de la Doctrina de la Protección Integral de los Derechos del Niño es el interés superior del mismo, y que la órbita sobre la cual se desplaza es la responsabilidad. Este tema, el de la responsabilidad (del Estado, la comunidad, la familia y el niño) es central en las redefiniciones del rol de todos los actores que participan del proceso penal juvenil (conf. arts. 4º, 5º, 14, 18 de la C.I.D.N.; 23.1º del P.I.D.C.yP.; 17.1º de la C.A.D.H.; Directriz IV de las Directrices de R.I.A.D.; 16.2º y 3º de la D.A.D.D.H.; 264 y sgtes. C.C.; OC-17/2002 de la C.I.D.H.; entre otros). El régimen ju-

rídico de los menores de edad se encuentra atravesado por un sistema de corresponsabilidades que promueve, dentro del sistema familiar-comunitario del que cual el joven forma parte, la asunción de responsabilidades.

La concepción del niño como sujeto de derechos tiene su correlato en el niño como sujeto de obligaciones. Ello implica que éste asuma su responsabilidad conforme atañe a su etapa de desarrollo. Lo dicho constituye la garantía de una ciudadanía plena y de un sistema democrático que funcione sin exclusiones.

No puede continuarse sosteniendo que se protege a los niños a través de mecanismos que los condenan a la segregación o a la incapacidad (GARCÍA MÉNDEZ: 1991, 215).

V. Bibliografía

ARMESTO, Carolina, 2007. "El proceso judicial al cual es sometido el niño declarado no punible por la comisión de un injusto penal", En: Revista Virtual Intercambios, La Plata, 11. Disponible en: HYPERLINK "<http://www.intercambios.jursoc.unlp.edu.ar>" intercambios.jursoc.unlp.edu.ar [Fecha de consulta: 12/02/2014].

ARONSKIND, Ricardo, 2000. "Argentina en los '90, o la pulsión cortoplacista del capital", En: Revista Herramienta, Buenos Aires, 12, págs. 40/55.

BANDURA, Albert y WALTERS, Richard, 1990. Aprendizaje social y desarrollo de la personalidad. Madrid: Alianza.

BARATTA, Alessandro, 1999. "Infancia y democracia", En: Emilio García Méndez y Mary Ana Beloff (comp.) Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Bogotá: Temis/Depalma, págs. 69/85.

BELOFF, Mary Ana, 1999. "Modelo de protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar", En: Justicia y Derechos del Niño, Santiago de Chile, 1, págs. 9/21.

D'ANTONIO, Daniel Hugo, 2006. "La protección de los menores de edad como función estatal esencial, subsidiaria e indelegable", En: El Derecho, Buenos Aires, 215, págs. 891/896.

DOMENECH, Ernesto. Republicanos e institucionalizados, 2008, En: Jornada de la Asociación Argentina de Magistrados, Funcionarios y profesionales de la Justicia de Niñez, Adolescencia y Familia (C1042AAD: 2008 abril 25/26, Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Protección y Garantías En el Régimen Penal Juvenil y En el Derecho de Familia". Realidad y Prospectiva. Buenos Aires: Universidad Museo Social Argentino.

ELBER, Carlos Alberto, 1981, "Lineamientos Criminológicos para la tipificación de la conducta adolescente", EN: Revista de Doctrina Penal, Buenos Aires, abril/junio, pág. 212/231.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, 1991, "Prehistoria e historia del control sociopenal de la infancia: política jurídica y Derechos Humanos en América Latina", EN: Emilio García Méndez y María del Carmen Bianchi (comp.) Ser Niño en América Latina: de las necesidades a los derechos. Buenos Aires: págs. 211/219.

GARLAND, David, 2007. Crimen y castigo en la modernidad tardía. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

GUTIÉRREZ, Patricia y GULMINELLI, Mariana, 2007. "Sistema de justicia penal juvenil en la provincia de Buenos Aires", En: La Ley, Buenos Aires, 9, págs. 957/969.

MIGUEL, Alejandro José, "Necesidad de reforma de la ley 6354 de la Provincia de Mendoza para su adecuación a la ley nacional 26.061 en el ámbito de la justicia en lo penal de menores". Disponible en: www.jus.mendoza.gov.ar/aulavirtual/escpresen/familia/.../26061.docx [Fecha de consulta: 15/03/2014].

SANMARTÍN, José, 2006. "La violencia escolar: concepto y tipos", En: Ángela Serrano (ed.) Acoso y violencia en la escuela. Barcelona: págs. 21/31.

VITALE, Gabriel, 2005. "Análisis histórico, legislativo y judicial en el tratamiento de la infancia", En: Revista Rap, Buenos Aires, 23. Disponible en HYPERLINK "http://www.revistarap.com.ar/.../infancia/analisis_historico_legislativo_y_j.html" www.revistarap.com.ar/.../infancia/analisis_historico_legislativo_y_j.html [Fecha de consulta: 10/02/2014].

VILLAVERDE, María Silvia, 2007. "Nuevo Derecho de la Infancia y la Adolescencia en la provincia de Buenos Aires", En: Revista LexisNexis, Buenos Aires, 12, pág. 1350/1387.

ÚNGARO, Betina, 2008. Procedimiento de responsabilidad penal juvenil de la Provincia de Buenos Aires. Buenos Aires: Cathedra Jurídica.

VI. Legislación consultada

Dec. 300/2005. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 07/03/2005.

Dec. 151/2007. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 22/03/2007.

Ley 10.067. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 09/12/1983.

Ley 12.061. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 23/01/1993.

Ley 12.607. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 02/02/2007.

Ley 13.298. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 27/01/2005.

Ley 13.634. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 02/02/2007.

Ley 10.903. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 27/10/1919.

Ley 14.394. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 13/12/1954.

Ley 22.278. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 28/08/1980.

Ley 23.054. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 27/03/1984.

Ley 23.849. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 22/10/1990.

Ley 26.061. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 26/10/2005.

VII. Jurisprudencia consultada

CIDH, 21/01/1994, Gangaram Panday c. Surinam [on line]. Disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_16_esp.pdf [Consulta: 03 de febrero de 2009].

CSJN, 02/12/2008, García Méndez, Emilio y Musa, María Laura s/ causa 7537. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de La Nación, Buenos Aires, 331-2691.

Perspectivas para los cultivos transgénicos en la actual integración latinoamericana y caribeña

POR EUGENIA CANDELARIA PARDO Y CARMEN ROSA SCHAPOSNIK (*)

Sumario: I. Presentación. — II. El contexto regional y mundial. — III. Los cultivos transgénicos en la integración regional. — IV. Reflexiones finales. — V. Bibliografía. — VI. Legislación consultada. — VII. Otros documentos consultados.

Resumen: La apertura hacia los agro negocios basados en cultivos genéticamente modificados y la trama de la actual crisis alimentaria y ambiental desafían a los países de América Latina y a los que intervienen en procesos de integración a implementar y co-construir políticas públicas a medida de sus pueblos. Atento a ello, el trabajo presenta un panorama de la crisis, su alcance y sus relaciones, las incertidumbres para la salud y el medio ambiente; el poder económico concentrado en el mercado de los cultivos; y el rol de los nuevos movimientos sociales. Luego, se analiza la institucionalidad del MERCOSUR y el CAS, junto a las perspectivas en el ALBA-TCP a partir de su nueva dimensión social. Con una mirada descriptiva-interpretativa se buscará visibilizar distintas piezas de una cuestión compleja a nivel global, regional y nacional, que invita a preguntarse: el para quién, el para qué y el hacia dónde del conocimiento y el desarrollo.

Palabras clave: cultivos transgénicos, mercosur, cas, alba-tcp.

PROSPECTS FOR GM CROPS ON THE LATEST LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN INTEGRATION

Abstract: The opening toward the agrobusiness based on genetically modified crops and the frame of the current food crisis and environmental challenge to the countries of Latin American, and to those who are involved in processes of integration, to implement and co-construct public policies tailored to their people. According to this, the work presents a panorama of the crisis, its scope and his relations, the uncertainties for the health and the environment; the economic power concentrated in the market of the cultures; and the role of the new social movements. Finally, an analysis of the institutional framework of the MERCOSUR and the CAS is made, along with the prospects in the ALBA-TCP from its new social dimension. Under a descriptive-interpretative look, different parts of a complex issue into global, regional and national level will be revealed, inviting us to wonder: to whom, to what and to where knowledge and development is going.

Key words: gm, mercosur, cas, alba-tcp.

I. Presentación

En el seno de la actual crisis global del capitalismo, los cultivos transgénicos o genéticamente modificados —GM— se presentan como una panacea al “hambre” y el cambio climático. Sin embargo, son motivo de fuertes controversias en América Latina y el mundo de cuyos debates participan diversos

(*) Profesora Adjunta de Economía Política, Cátedra I. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

(**) Integrante del equipo de investigadores de la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

actores como los movimientos, redes y colectivos sociales; intelectuales del campo científico, político y social; el poder económico. En conjunto, lo hacen interpretando o definiendo los nuevos acontecimientos, e incidiendo en el diseño de políticas públicas de la región.

El caso es que, desde fines del siglo XX los mercados se han abierto progresivamente a los agronegocios con una expansión de la frontera de producción a favor del capital transnacional; relacionado con aquello que Giarracca y Teubal denominan “hegemonía de la agroindustria”. Es decir, empresas transnacionales agroalimentarias en el ámbito rural y agropecuario impulsoras de un paradigma basado “*en el modelo agrario estadounidense, en donde se originó la agricultura industrial que se contrapone al modelo de la agricultura familiar*” (GIARRACCA Y TEUBAL, 2006: 72).

En este contexto, el Mercado Común del Sur —MERCOSUR— no cuenta con normativa específica sobre los cultivos transgénicos, ni en su estructura institucional un ámbito donde se discuta el tema de la agricultura genético industrial; aunque, sí lo tiene la agricultura familiar —a través de una Reunión Especializada—. Sin embargo, sus países fundadores —Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay— fijan posiciones en la materia, aunando paulatinamente la legislación permisiva junto a Chile y Bolivia —dos de los países asociados— en el Consejo Agropecuario Suramericano —CAS—, cuyo convenio constitutivo fue protocolizado como Acuerdo Internacional en la Asociación Latinoamericana de Integración —ALADI—. Paralelamente, la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América —ALBA-TCP— en pos de otro tipo de desarrollo y otro tipo de integración regional, impulsa proyectos y programas hacia la seguridad alimentaria y nuevas relaciones con la madre tierra y el “Buen vivir”. También, en su estructura institucional, presenta la novedad de incorporar un Consejo de Movimientos Sociales que se manifiesta en lucha contra los cultivos transgénicos. Incluso, algunos países asociados a esta iniciativa, han introducido la discusión del tema en sus textos constitucionales y en las normas que dejan entrever expectativas sobre nuevas concepciones del comercio y los cultivos.

El documento busca analizar, entonces, las cuestiones que suscitan los cultivos transgénicos a nivel regional. Para ello, primero se examina la complejidad del contexto, considerando la crisis global con sus interrelacionadas facetas —en especial la ambiental y alimentaria—; el papel del conocimiento científico junto a las incertidumbres para la salud y el medio ambiente; el poder económico concentrado en el mercado de los cultivos; y el rol de los nuevos movimientos sociales. Luego, la institucionalidad del MERCOSUR y el CAS en relación a sus objetivos, composición y estructura institucional, y respecto a los países miembros, las superficies cultivadas y las normativas vigentes. Por último, se analizan las perspectivas en el ALBA-TCP.

A tal fin, se tendrán en cuenta documentos oficiales, voces de referentes de movimientos sociales y del campo académico, así como resultados de investigaciones finalizadas y en marcha en el Instituto de Integración Latinoamericana. (1) En suma, con una perspectiva descriptiva-interpretativa se buscará visibilizar las distintas piezas del rompecabezas configurado a partir de los cultivos “transgénicos”; una cuestión compleja a nivel global, regional y nacional, que invita a preguntarse: el para quién, el para qué y el hacia dónde del conocimiento y el desarrollo.

II. El contexto regional y mundial

Las múltiples e interconectadas facetas de la crisis actual: ambiental, alimentaria, económica, financiera, institucional, de gobernabilidad y de civilización demuestran la aguda relación de las economías entre sí, conformando aquello denominado por Toussaint [2010] como “crisis global”; abriendo, a su vez, una etapa de creciente y extendida incertidumbre en el mundo, en una nueva lógica del

(1) En particular: 1) “Mercosur y Comunidad Sudamericana de Naciones: ¿hacia dónde van?”. Acreditado por la Secretaría de Ciencia y Técnica, U.N.L.P. (Código 11-J084) - Período 2006-2009; 2) “Gobernabilidad e Instituciones en la construcción de la Integración Sudamericana” Acreditado por la Secretaría de Ciencia y Técnica, U.N.L.P. (Código 11-J109) - Período 2010-2011; 3) “Regionalismo sudamericano: inclusión social, asimetrías y medioambiente en clave de mejorar la gobernabilidad”. Acreditado por la Secretaría de Ciencia y Técnica, U.N.L.P. (Código 11J119) - Período 2012-2014.

capitalismo donde el modo de acumulación genera valorizaciones especulativas de activos; pero, no crea nueva riqueza.

En este contexto, la crisis ambiental aparece asociada a los cambios climáticos como sequías, desertificación, inundaciones, huracanes, tifones, incendios forestales, a la sobreexplotación de recursos, la contaminación tóxica y erosión de los suelos. Además, interconectada con la crisis alimentaria producto del “hambre”, de mercados especulativos y políticas de liberalización impulsadas por organismos multilaterales buscando más producción, más fertilizantes y más rentabilidad. En conjunto, ponen en peligro el cumplimiento del Objetivo N° 1 de Desarrollo del Milenio —ODM— “*Erradicación de la pobreza y el hambre*”, y el N° 7 “*Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente*” definidos globalmente por Naciones Unidas para 2015. (2)

A propósito de ello, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río +20) celebrada en Brasil en 2012, se centró en dos temas esenciales de agenda: la “economía verde”, la erradicación de la pobreza, y el marco institucional para ese tipo de desarrollo. (3) Entre las numerosas medidas plasmadas en el Documento Final “El Futuro que queremos”, se acordó iniciar un proceso para desarrollar los Objetivos de Desarrollo Sostenible —ODS— sobre la base de los ODM; se definieron 16 principios que deben guiar las políticas de “economía verde” —incluyendo el “no uso” de ella como barrera proteccionista o condicionalidad de ayuda al desarrollo—; y se fijó la creación de un foro de Alto Nivel para estos temas y los medios de financiamiento y transferencia de tecnología.

Por cierto, en aquella Cumbre se debatió además la necesidad de generar políticas globales con el interés por superar la crisis sobre la base del fomento a la “economía verde” y la tecnología. Todo ello, analizado bajo una perspectiva positivista en la que los problemas sociales no requieren tanto de soluciones políticas, sino más bien, tecnológicas como la nanotecnología, la biotecnología sintética y la geoingeniería; cuyo interés en las inversiones inicialmente provino de los gobiernos, pero, en el caso de la nanotecnología —a partir del año 2007— procedió de “*empresas de áreas de energía, química e informática, como Nestlé, Monsanto y Syngenta*” (BERMANN, 2012:18).

El caso es que, la “economía verde” —como concepto— dejó de abarcar las actividades relacionadas con la generación de energía —a partir de fuentes distintas al petróleo—, para referirse a la comercialización de todos los bienes entregados por la naturaleza y a todas las actividades económicas surgidas de iniciativas para mitigar el cambio climático y el deterioro ambiental, adaptarse a ellos, o responder a sus efectos nocivos (GRAIN-WRM-ATALC, 2012). Incluso, señala una editorial de Vía Campesina [2012] —una de las redes internacionales de movimientos sociales— que, en documentos del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) la definición considera la sustentabilidad, el combate a la pobreza, la equidad e inclusión, con un llamado a la aplicación de la Ronda de Doha —OMC— mediante la eliminación de las barreras de entrada a la “economía verde”.

Paralelamente, en discusiones internacionales como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (COP17) celebrada en 2011 en Durban, se presentó el concepto de “agricultura climáticamente inteligente” apoyado y promovido por la Organización de las Naciones Unidas para la

(2) El Objetivo N° 1, en la Meta 1.C establece: Reducir a la mitad, entre 1990 y 2015, el porcentaje de personas que padecen hambre; por su parte el Objetivo N° 7 señala: Meta 7.A: Incorporar los principios del desarrollo sostenible en las políticas y los programas nacionales y reducir la pérdida de recursos del medio ambiente; Meta 7.B: Haber reducido y haber ralentizado considerablemente la pérdida de diversidad biológica en 2010; Meta 7.C: Reducir a la mitad, para 2015, la proporción de personas sin acceso sostenible al agua potable y a servicios básicos de saneamiento; Meta 7.D: Haber mejorado considerablemente, en 2020, la vida de al menos 100 millones de habitantes de barrios marginales.

(3) Se celebró conmemorando los 20 años de la Cumbre de la Tierra realizada en Río de Janeiro en 1992, que había inaugurado el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

Alimentación y la Agricultura —FAO— y el Banco Mundial —con su Informe presentado en 2010—. (4) Al respecto, Vogliano advierte que para la FAO ya existen modelos de “agricultura climáticamente inteligente” a ser implementados en los países en desarrollo para responder a los desafíos de la seguridad alimentaria y el cambio climático, “*lo cual requiere una inversión considerable en investigación y desarrollo tecnológico, así como para la conservación y la producción de variedades adecuadas de semillas y especies como ya ocurre con los créditos vendidos a través del Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL) para compensar las emisiones de los países desarrollados*” (VOGLIANO, 2012: 97).

Añade la autora que, según el Banco Mundial esto permitirá “*intervenciones que aumenten los rendimientos (reducción de la pobreza y seguridad alimentaria), rendimientos más resistentes frente a las sequías y el calor (la adaptación), y fincas que aporten a la solución al problema del cambio climático, en lugar de ser parte del problema (mitigación)*.” Con lo cual, la agricultura campesina debería transformarse radicalmente incorporando tecnología para aumentar la productividad, adaptarse a las nuevas condiciones climáticas y disminuir su huella ecológica, para llegar a ser “climáticamente inteligente”.

En este escenario los transgénicos y más específicamente los “climate ready” aparecen como una panacea a los cambios climáticos y “al hambre” en los países “subdesarrollados”; aunque a la vez, un remedio a la crisis de la deuda. Efectivamente, alentados por el aumento ficticio de los precios internacionales vinculado al traslado del negocio especulativo luego de la crisis de las subprimes que golpeó a Estados Unidos en 2007, orientan la economía hacia la exportación de estos cultivos en aras de generar divisas para el pago de la misma.

Por otro lado, entiende Campos que frente a este panorama del complejo genético-industrial, “*los bioentusiastas*” tratan de “*transformar una cuestión política (...) en una cuestión exclusivamente científica técnica, para la toma de decisiones hacia instancias donde las multinacionales ejercen un mejor control*.” Así es como “*la evaluación político-legal-económica se enmascara como diagnóstico exclusivamente científico*”, convirtiéndose la tecnología transgénica en una solución (CAMPOS, 2006: 2).

Con referencia a la agricultura, se registró un cambio en la orientación de la investigación científica. En ese sentido, Teubal y Rodríguez consideran que en Argentina, por ejemplo, de los fondos disponibles en el siglo XX, sólo el 20% se destinaba a proyectos vinculados a la producción de alimentos básicos, en tanto “*el remanente se aplica a la investigación de producción de cultivos o producción pecuaria potencialmente exportables*” y en algunos países “*ya no se investigan problemas vinculados a los medianos productores y campesinos agropecuarios o trabajadores rurales*” (TEUBAL y RODRÍGUEZ, 2005: 46).

Se observa también que el uso de la tecnología como solución a los problemas ambientales en la llamada “economía verde” goza de aceptación en el mundo académico. Sin embargo, para Bermann “*no existen debates acerca de los riesgos involucrados en esas tecnologías*” y “*nadie discute hoy los riesgos ambientales y de salud que podrían ser consecuencia del uso indiscriminado de estas innovaciones*”. Lo cual, sumado a los peligros potenciales para la economía global —en virtud de desconocerse quién será el dueño de esas tecnologías y quién tendrá capacidad para monitorearlas y evaluarlas—, en su opinión, viola el principio de precaución, uno de los logros fundamentales de la Cumbre Río ’92 (BERMANN, 2012: 20).

Entre los efectos negativos de los transgénicos, Ribeiro [2000] advertía aquellos que afectan la salud —provocando nuevas enfermedades y consecuencias no previsibles, incluso mortales— y al medio-

(4) En este informe se propone “una agricultura resistente al cambio climático con vistas a garantizar la seguridad alimentaria, promoviendo que los suelos y los cultivos sean menos vulnerables a las sequías, lluvias y al aumento general de la temperatura. Plantean también que la agricultura puede ser utilizada para absorber el CO₂ de la atmósfera, por su potencial de compensar carbono. Ofrecen a los productores locales financiamiento para hacer que sus suelos puedan ser más resistentes y productivos y al mismo tiempo puedan utilizar los mismos para capturar carbono y transformar esto en créditos para vender a las empresas contaminantes —no solamente de la agricultura industrial, sino también de otros sectores— (...)” (SANTOS, 2012: 103).

ambiente —como la transferencia de la propiedad transgénica a cultivos nativos, criollos o plantas silvestres emparentadas, o de información genética entre especies no relacionadas entre sí—, entre otros.

Del mismo modo, el estudio “Relación entre el uso de agroquímicos y el estado sanitario de la población en la Provincia del Chaco”, coordinado por la investigadora Ramírez [2012], documenta y revela el aumento de cáncer y malformaciones en zonas sojeras y arroceras en esa provincia argentina, dado el uso intensivo de los herbicidas y plaguicidas como endosulfan, glifosato, clorpirifos, paraquat y cipermetrina demandados por los cultivos.

Asimismo, González [2012] identificó los impactos ambientales de dos tipos de modificaciones genéticas que constituyen casi todos los cultivos GM del mundo: los que tienen tolerancia a herbicidas y los resistentes a insectos. (5) En ese sentido, advirtió secuelas a nivel socio-económico, como la marginación de pequeños agricultores; el aumento de la productividad pero no de la producción de alimentos; la dudosa mejora en la calidad nutricional de los alimentos —caso maíz dorado en México—; o la producción de cultivos que pueden resistir presiones ambientales como sequías —aunque se desconoce si podrían estar a precios disponibles para pequeños agricultores—.

La situación se agrava además, porque grandes empresas agroindustriales transnacionales —de manera concentrada— dominan el mercado agropecuario mundial, generando un nuevo modelo donde los productores “*pierden paulatinamente su capacidad de producir su propia semilla y con ello reproducir su propia existencia*” y las grandes corporaciones semilleras “*patentan plantas, animales y semillas que históricamente fueron utilizados por los productores agropecuarios locales*” (TEUBAL y RODRÍGUEZ, 2005: 49 y 51).

Efectivamente, si se revisa la participación empresaria en el mercado mundial, surge que la empresa con mayor participación en el mercado es la transnacional Monsanto, de origen norteamericano, con sede en Missouri y con cerca de 400 establecimientos en 66 países; le sigue Dupont y en tercer lugar Syngenta. Desde luego, sus objetivos se centran en la acumulación de capital sin pretender cambiar el sistema vigente, sus relaciones de producción y consumo, reducir las desigualdades, el hambre o los efectos del cambio climático.

En ese sentido, Marie-Monique Robin [2009] señalaba en una entrevista, que empresas como Monsanto buscan el control de la cadena alimentaria; de modo tal que “*los transgénicos son un medio para esa meta*” y “*las patentes una forma de lograrlo*”. De hecho, distingue una primera etapa —vinculada a la revolución verde— “*con énfasis en las plantas de alto rendimiento con utilización de pesticidas y la contaminación ambiental*”; de una segunda, aún vigente, “*donde la clave es hacer valer las patentes sobre los alimentos*”. En su opinión, “*esto no tiene nada que ver con la idea de alimentar al mundo, como se publicó en su momento. El único fin es aumentar las ganancias de las grandes corporaciones*”.

Simultáneamente a estos cambios, con la llegada del siglo XXI y la emergencia de la crisis global se activó a lo largo y ancho de todo el mundo la acción colectiva de nuevos movimientos sociales que reclamaban y reclaman —desde una postura crítica— asignaturas pendientes que dejó el modelo neoliberal. Esta acción no fue aislada sino que se dio en toda la región, sobre la base de cauces de participación y construcción innovadores a la hora de expresar reivindicaciones y valores compartidos a favor de una mayor autonomía regional. En particular, en América Latina se hizo evidente la demanda para que actores desprotegidos e invisibilizados sean incorporados en las políticas públicas

(5) Según la autora, por un lado “los cultivos con tolerancia a herbicidas están diseñados para resistir la aplicación de un amplio espectro de herbicidas (tal como el Roundup de Monsanto), permitiendo así que el herbicida mate la maleza sin dañar los cultivos”. Considera que “en teoría, los cultivos tolerantes a los herbicidas requieren una menor aplicación de herbicidas, disminuirán la erosión del suelo al hacer que se aren menos las tierras y que se minimice el control mecánico de las malezas, y disminuirán la necesidad manual de desyerbar”. Por otro lado, los cultivos resistentes a insectos “incorporan pesticidas microbianos (tales como el *Bacillus thuringiensis*, comúnmente conocido como BT) que mata probables pestes, reduciendo así la necesidad de aplicar insecticidas químicos” (GONZÁLEZ, 2012: 43).

de los países y en los procesos de integración, buscando desarticular las relaciones propias del viejo modelo y rearticular otras, a través de un discurso reivindicatorio que aludía y lo hace hoy, a situaciones concretas postergadas (PARDO y SCHAPOSNIK, 2012).

Lo novedoso es que, en el ámbito de lucha y protesta contra los cultivos transgénicos han tenido un activo protagonismo movimientos y colectivos sociales, tales como la Articulación de Movimientos Sociales del ALBA —Alba Movimientos—, ETC-GROUP, GRAIN y RALLT y redes internacionales de movimientos como Amigos de la Tierra y Vía Campesina. Entre las acciones se incluyen las movilizaciones en contra de los transgénicos y de Monsanto, por la justicia social y ambiental y en contra del capitalismo verde; la elaboración y adhesión de cartas abiertas como aquella enviada al presidente Rafael Correa en 2012 para que dé cumplimiento a lo establecido contra los cultivos GM en la Constitución de ese país, o a la FAO y al CBD por el maíz transgénico en México; seminarios de formación con participación del campesinado, personalidades e intelectuales. Esto forma parte, como lo reseña el Informe de Vía Campesina de una lucha global a favor de la soberanía alimentaria. (6) (ZACUNE, 2012).

En ese contexto, la co-construcción de políticas públicas requiere un Estado que *“favorezca las formas de gobernabilidad abiertas que dan lugar a la participación de actores sociales que provienen de sectores no estatales”* y un diseño institucional acorde (VAILLANCOURT, 2011:43). Tal como señala Prats, de él depende en parte, la captura de políticas por los grupos de interés porque *“afecta al carácter de las políticas que, a su vez, también establecen reglas o marcos institucionales bajo los que tendrá lugar la toma de decisiones colectivas”* (PRATS, 2003: 245).

En general, a pesar de su activo protagonismo, en los procesos de integración regional los movimientos sociales no cuentan con un espacio formal de participación; aunque sí están contemplados en la Alianza Bolivariana para los pueblos de Nuestra América —ALBA-TCP— que incorpora en su estructura un Consejo de Movimientos Sociales. Estos movimientos, se han manifestado en contra de los transgénicos y a favor de la soberanía alimentaria, de la defensa de *“nuestros cultivos”* y de la *“Madre Tierra”*, de *“nuestra inversión”* en la agricultura y desarrollo agrícola, para garantizar a los pueblos la soberanía alimentaria. (7)

III. Los cultivos transgénicos en la integración regional

A continuación se analiza de qué manera están contemplados estos cultivos en el MERCOSUR y el CAS, sin soslayar las alternativas —aunque incipientes— que propone el ALBA-TCP, buscando responder qué incidencias proponen respecto a estos cultivos y el comercio. En lo esencial por tratarse, ésta última, de una iniciativa nueva y transformadora *“que propone cosas distintas a las que se desarrollan en otros esquemas de integración, no sólo en América Latina sino también en el mundo general”* (BRICEÑO RUIZ, 2011:60).

III.1. La cuestión en el MERCOSUR, el CAS y los Estados Miembros

El MERCOSUR es un proceso de integración regional creado a partir de la suscripción del Tratado de Asunción de 1991, conformado por la Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay —países fundadores—,

(6) El Informe señala que el término fue acuñado por Vía Campesina en 1996 *“para abogar por un modelo agropecuario fundado en la agricultura campesina, sustentable y agroecológica (...) Es el derecho de todos los pueblos a producir y consumir alimentos saludables y culturalmente apropiados obtenidos por métodos ecológicamente adecuados y sustentables (...) es su derecho a definir y poseer sus propios sistemas agropecuarios y alimentarios”* (ZACUNE, 2012: 5).

(7) En particular, en la V Cumbre del ALBA-TCP celebrada en Venezuela en 2007, la Declaración de Tintorero los Movimientos Sociales y fuerzas políticas latinoamericanas y del Caribe, instó a reforzar *“el principio de lucha contra los transgénicos y la protección del ambiente”*, propuso la Red para la Producción e intercambio de Alimentos Sanos, a la vez que llamó *“a profundizar la lucha que elimine el latifundio, la desigualdad social en el campo y se garantice la soberanía alimentaria de los pueblos”*. Se declararon también en lucha para alcanzar un territorio libre de analfabetismo y transgénicos.

Venezuela y Bolivia —en proceso de adhesión como Miembro Pleno—. Asimismo, tiene como Estados Asociados a Chile, Colombia, Perú y Ecuador —que solicitó su ingreso en 2013 como Miembro Pleno—, además de Guyana y Surinam —en proceso de ratificación—.

Con respecto a la estructura institucional, el Protocolo de Ouro Preto —POP— de 1994 confirmó el diseño simple y minimalista del Tratado de Asunción; si bien más tarde, las modificaciones ampliaron el espectro temático superando el de entonces (SCHAPOSNIK, 2006; PARDO, 2012). En relación a la agricultura, aquella que incorpora la tecnología no cuenta con un espacio institucional para la formulación de políticas; aunque sí lo tiene para la agricultura familiar. Efectivamente, luego de un “largo y arduo” proceso de constitución bajo el impulso de movimientos sociales, intelectuales y gobiernos de los Estados Parte —bajo el impulso de Brasil— se creó en 2004 la Reunión Especializada en Agricultura Familiar —REAF— mediante la res. 11/2004 - GMC, con la intención de incluir a la producción familiar en el proceso de integración regional, junto a otro tipo de políticas públicas inspiradas en *“una reacción compensatoria para los efectos indeseados del libre comercio hacia la comprensión de que forman un conjunto de instrumentos necesarios para la creación de un nuevo patrón de desarrollo con inclusión social y ciudadanía”* (GONZÁLEZ, 2011:67). No recibe financiamiento para el desarrollo de sus actividades ni tiene, como todas las reuniones especializadas, capacidad decisoria. No obstante las organizaciones que nuclean a los agricultores cuentan con un espacio de participación, lo cual —en opinión de Polcan— *“significa que, si bien como en cualquier otro órgano del MERCOSUR, en última instancia las decisiones son tomadas por los gobiernos, las tareas de la REAF deben basarse en una intervención activa de la sociedad civil a través de dichas organizaciones”* (POLCAN, 2013: 155).

Por otra parte, reconociendo el carácter desigual e incompleto de la modernización en la agricultura, la FAO [2011] contrapuso al modelo empresarial, el de agricultura familiar, la cual nuclea a pequeños productores quienes pese a su gran heterogeneidad, se caracterizan por tener acceso limitado a la tierra y al capital, usar principalmente la fuerza de trabajo familiar y ser la actividad productiva su fuente principal de ingresos. En sentido similar, señala Polcan que comprende a las *“unidades productivas en las que los recursos productivos son acordes al trabajo de la familia, la que a su vez es responsable directa de la producción y gestión de las actividades agropecuarias, aporta la mano de obra ocupada predominante en el establecimiento y reside en el mismo o en una localidad próxima.”* Además su importancia radica en que *“5,8 millones de familias habitantes de las áreas rurales”* con su trabajo *“aportan una parte significativa de los alimentos consumidos por nuestros pueblos, contribuyendo así a la seguridad alimentaria y nutricional y a la conservación de sus saberes y tradiciones culturales”* (POLCAN, 2013: 154).

No obstante, casi en paralelo al establecimiento de la REAF, los países fundadores del MERCOSUR junto a Bolivia y Chile conformaron en 2003 el Consejo Agropecuario del Sur —CAS— definido en su convenio constitutivo como un *“mecanismo de diálogo, consulta y concertación”*. Fue protocolizado en ALADI en 2005 como Acuerdo Internacional de Cooperación con el objetivo de articular el sistema agropecuario de la región y coordinar acciones en políticas públicas para el sector. Está integrado por los Ministros de Agricultura de los países miembros, los cuales se reúnen una vez al año en forma ordinaria en el país que ejerza la presidencia pro t mpore —rotativa— aunque pueden hacerlo con carácter extraordinario *“a solicitud de cualquiera de los Ministros que lo integran”*, siendo su función *“definir los temas y las prioridades de la Agenda Agropecuaria y Forestal y articular el desarrollo de las acciones acordadas”* (Convenio Constitutivo CAS, 2003: cláusulas 1, 2 y 3).

En virtud de ello, la I Reunión Ordinaria del CAS realizada en mayo de 2003 en Brasilia, resolvió crear la Red de Coordinación de Políticas Agropecuarias —REDPA—, como instancia regional de apoyo técnico del Consejo, a partir de lo cual los temas vinculados a la Agricultura Familiar y Desarrollo Rural fueron derivados al Fondo Internacional de Desarrollo Rural —FIDA— del MERCOSUR.

Actualmente, la REDPA tiene seis Grupos Técnicos: Sistema de Información y Matriz de Políticas Agropecuarias —GT1—, Sistema de Información de Mercados —GT2—, Manejo de Riesgos y Seguros Agropecuarios —GT3—, Políticas Públicas en Cambio Climático —GT4—, Políticas Públicas en Biotecnología —GT5—, Agroenergía —GT6— y el Grupo ad hoc de Negociaciones Internacionales. La

Secretaría Técnica del CAS, responsable de convocar a la Red y de dar seguimiento a sus acuerdos, fue encomendada al Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura —IICA—. (8)

Durante sus diez años de existencia, el CAS realizó 27 Reuniones Ordinarias y 10 Extraordinarias. En la realizada en octubre de 2012, los Ministros acordaron aunar criterios sobre el desarrollo agrícola de este bloque, implicándose en fortalecer los marcos regulatorios sobre organismos transgénicos en estos países, robustecer el diálogo y las capacidades de negociación en el Protocolo de Bioseguridad y buscar posiciones comunes. Asimismo, se comprometieron a robustecer las relaciones con el grupo North American Biotechnology Initiative (NABI) dedicado a promover transgénicos en EE.UU., Canadá y México, y establecer políticas de alto nivel en biotecnología. En la Declaración Final, se expresó que los organismos genéticamente modificados “*presentan una herramienta posible para apoyar a la región en el desafío de incrementar la producción de alimentos, adaptarse a los retos que plantea el cambio climático y mitigar los efectos de la agricultura sobre los recursos naturales, entre otros*” (XXIV Reunión Ordinaria, Uruguay).

Con lo cual, quedaron así definidos dos ámbitos de discusión diferentes: el MERCOSUR para la agricultura familiar y el desarrollo rural y el CAS para la agricultura genética industrial.

III.I.I. Expansión de los cultivos GM en el CAS

A nivel global, los cultivos GM abarcan una superficie de 134 millones de hectáreas, registrándose el mayor porcentaje —34%— en los países del CAS, siendo Brasil y Argentina dos potencias agroalimentarias consolidadas en las que el aumento de sus participaciones en los mercados internacionales se explica por el importante incremento en la producción y la exportación de soja que ambos experimentaron entre 1995 y 2011. Además, “*en ese período, la producción de soja en Brasil creció un 198% y la de Argentina, un 287%, mientras que sus exportaciones se incrementaron en 329% en Brasil y 980% en Argentina*” (FAO, CEPAL e IICA, 2012: 50).

En relación a ello, cabe señalar que más del 50% de la producción de cultivos genéticamente modificados del mundo se concentra en EE.UU., Argentina y Brasil, como revela el cuadro 1:

Cuadro 1: Producción proyectada de Cultivos GM - 2012/2013

	Maíz (toneladas)	Soja (toneladas)	Total (toneladas)	Participación porcentual	
Mundo	841	258	1099	100%	
EE.UU.	272	72	344	31,0%	51,6 %
Argentina	28	55	83	7,6%	
Brasil	70	81	151	13,0%	

Fuente: Elaboración propia en base al Documento elaborado por el CAS (2012: 7 y 8).

El hecho es que, a partir de la década del noventa comienza la producción ascendente, asociada a cambios ocurridos en la utilización de la tierra, la siembra y control de las malezas; y la presencia de Monsanto con su oferta de paquetes tecnológicos, que significaron la promesa de más producción, menores costos, mayor rentabilidad y rendimiento y el abandono de la soja convencional.

(8) El IICA es un organismo especializado de la OEA integrado por los 34 Estados del Continente Americano —menos Cuba—. Su misión 2010-2014, consiste en proveer “cooperación técnica, innovación y conocimiento especializado para el desarrollo competitivo y sustentable de la agricultura de las Américas y el mejoramiento de la vida de los habitantes del campo en los países miembros”.

El primer país en la región en abrir el mercado de la soja transgénica fue Argentina en 1996, y tal como señala Marie Monique Robin [2009], a partir de ello *“se organizó un contrabando de semillas transgénicas, de grandes productores, hacia Paraguay y Brasil, que se vieron obligados a legalizarlo porque eran cultivos que luego se exportaban. Y luego llegó Monsanto a reclamar sus regalías”*. La región se convirtió, así, en un caso único y excepcional respecto a la expansión del mercado de soja transgénica mundial.

En igual sentido, el informe realizado por IICA y el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de Argentina constata que luego de liberarse la soja GM-RG en Argentina, la semilla entró a los otros países del MERCOSUR. En Brasil, la solicitud de liberación fue presentada por Monsanto en 1998 y la Comisión Técnica Nacional de Bioseguridad (CTNBio) aprobó su liberación para uso comercial en 2005 *“mediante el proceso n.o 01200.002402/98-60”*. Mientras que en Paraguay se presentó en 2001 *“y la Comisión de Bioseguridad Agropecuaria y Forestal (COMBIO) aprobó la liberación comercial en 2004 (resolución MAG 1691/2004)”*. En tanto que en Uruguay, Monsanto presentó la solicitud en 1996 *“y la liberación comercial fue aprobada ese mismo año (Decreto n.o 249/000 del 2 de octubre de 1996)”* (IICA y el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de Argentina, 2012: 9 y 10).

III.I.II. Aspectos normativos en países del MERCOSUR

Los marcos regulatorios en la Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay buscan *“garantizar que los OGM que se liberen al medio, ya sea para siembra comercial, alimentación humana, alimentación animal, producción de semilla o investigación sean seguros para el ecosistema e inocuos para el consumo humano y animal”* (CAS/IICA, 2010: 55). Sin embargo, presentan diferencias en cada país ya que *“en Brasil existe una ley de Bioseguridad, en países como Paraguay y Uruguay, la normativa que regula son decretos emanados por el poder ejecutivo”*, en tanto resoluciones y normativas son las que abordan el tema en Argentina. Con relación a la institucionalidad, todos los países han incorporado organismos específicos para la evaluación de los OGM y se crearon unidades, dentro de su organización, encargadas de atender estas materias. (CAS/IICA, 2010: 77).

Por su parte, en Venezuela está vigente la *“Ley de Semillas, Productos para la Producción Animal e Insumos Biológicos”* [2002] que no da respuesta a la problemática actual. En razón de ello, en octubre de 2013 comenzó la discusión de un anteproyecto de ley elaborado por la Asamblea Nacional —AN—, dirigido a prohibir el uso y consumo de alimentos transgénicos en el país, normativa que deberá pasar por una consulta pública con el sector productivo y que será debatida en todas las instancias del poder popular antes de su aprobación en el pleno legislativo. Este instrumento legal responde al art. 305 de la Constitución Nacional [2000] que define a la seguridad alimentaria y al quinto objetivo del Plan de la Patria 2013-2019 *“Preservar la vida en el planeta y salvar a la especie humana”* —aprobado en diciembre de 2013 por la AN—, que se traduce en la necesidad de *“construir un modelo económico productivo ecosocialista, basado en una relación armónica entre el hombre y la naturaleza, que garantice el uso y aprovechamiento racional y óptimo de los recursos naturales, respetando los procesos y ciclos de la naturaleza”*.

III.II. Expectativas en el ALBA-TCP a partir de su nueva dimensión social

La Alternativa Bolivariana para el Pueblo de Nuestra América —ALBA-TCP— está integrada por nueve países de América Latina y el Caribe: Venezuela y Cuba —fundadores—, Bolivia, Nicaragua, Mancomunidad de Dominica, Ecuador, San Vicente y Las Granadinas, Antigua y Barbuda y Santa Lucía. Su origen puede situarse en el proyecto político del *“Socialismo del Siglo XXI”* presentado por el presidente de Venezuela —Hugo Chávez Frías— en 1999, que enaltece los ideales movilizadores de las luchas por la independencia de finales del siglo XVIII y durante todo el siglo XIX. Formalmente, se inicia en diciembre de 2004, cuando los presidentes de Venezuela y de Cuba suscriben en la Habana una Declaración Conjunta en la Iª Cumbre Presidencial. Luego, en 2006 se anexó el Tratado de Comercio de los Pueblos —TCP— basado en la complementariedad, la solidaridad y la cooperación en el comercio— y en 2009 se reemplaza el nombre ‘Alternativa’ por el de ‘Alianza’.

Respecto a la estrategia adoptada, según Benzi [2010] se ha articulado en cuatro grandes ejes: el energético a través de PETROCARIBE; el social a través de las acciones emprendidas inicialmente por Cuba y Venezuela en sus respectivos países y replicadas luego en los otros del bloque y hacia terceros—; el económico —donde se destacan los Tratados de Comercio con los Pueblos —TCP—, los convenios de intercambio compensado, los Proyectos y Empresas Grannacionales —PGN y EGN—, las producciones conjuntas y obras de infraestructura, entre otros—; y el financiero —con el Banco del ALBA y el SU-CRE—. Se instrumentan con una estructura institucional que comenzó a delinarse en la Vª Cumbre celebrada en 2007 y se ha ido completando con la creación de Consejos, Comisiones, Comités y Grupos de trabajo. Además, en las sucesivas Cumbres, con la incorporación paulatina de nuevos miembros, se fueron ratificando los objetivos y principios guías (SCHAPOSNIK y PARDO, 2013).

Como se ha mencionado, dando muestras de su carácter innovador contempló en su estructura institucional un Consejo de Movimientos Sociales. Se planteó como un mecanismo “*que facilita la integración y participación social directa*” y “*tiene como misión articular a los Movimientos Sociales de los países miembros del ALBA-TCP y a aquellos de países no miembros, que se identifiquen con este esfuerzo*” (Documento de la VIIª Cumbre ALBA-TCP). Además de manifestarse en defensa de la soberanía y la seguridad alimentaria, ha influido y participado en el diseño de una nueva arquitectura financiera regional alternativa a la existente y a la globalización financiera, apuntando a un desarrollo económico-social alternativo, endógeno, compartido, integral y sostenido.

De manera que a partir de una institucionalidad simple —que incorpora a los movimientos sociales como contrapeso de supervisión a la intergubernamentalidad y al eventual apartamiento de los objetivos trazados—, los instrumentos y mecanismos estructuran el proceso de manera flexible, coordinada y ensamblada respondiendo a un compromiso ético-político con los problemas funestos a los que estaban confinados países como los del ALBA-TCP (SCHAPOSNIK y PARDO, 2014). Se abre así, un camino de discusión amplia sobre los cultivos y el comercio en la integración regional. De igual modo, se propició el debate al interior de los países asociados a la iniciativa, como fue el caso de Ecuador en oportunidad del nuevo texto constitucional aprobado en 2008 (art. 401), o de Bolivia, luego de la aprobación de su nueva constitución consensuada en 2009 cuando se sancionó la Ley 300 de la Madre Tierra y Desarrollo Integral en 2012, que establece las bases y orientaciones del Vivir Bien, a través del desarrollo integral en agricultura y ganadería.

Se destaca entonces que “*el contenido y sentido dados a la integración social y al desarrollo en el ALBA-TCP parecen exceder los de procesos subregionales o regionales de América Latina y el Caribe surgidos en décadas anteriores, al revalorizar lo local y la multiculturalidad, en tanto recoge otros saberes apartándose de únicas concepciones para los términos, asumiendo la pluralidad con una visión emancipadora*”. (SCHAPOSNIK y PARDO, 2014).

De manera que, los acuerdos de integración proponen incidencias diferentes para la región. Si bien todos buscan ampliar y estrechar sus horizontes comerciales, en el ALBA-TCP se aboga también, por acercamientos políticos, fraternales y culturales más amplios dando relevancia a los mercados complementarios y solidarios, por sobre los que se basan en la competitividad.

IV. Reflexiones finales

A partir de la tecnología aplicada extendidamente a los cultivos —merced a la concentración empresarial transnacional bajo el amparo de parte del campo científico y político— emergieron efectos en la salud y el medio ambiente suscitando, hoy como ayer, incertidumbres e interrogantes respecto a si son una nueva ilusión, o, efectivamente se orientan a la mejora de las condiciones de vida de nuestros pueblos. De modo que, resulta esencial el relevamiento y seguimiento de los impactos que entrañan los cultivos GM en las personas que los consumen, en aquellos que trabajan o viven en áreas con estos sembrados, y sus impactos ambientales; dado que las sospechas, denuncias y protestas ameritan ser tenidas en cuenta y ser dilucidadas en un lenguaje comprensible a toda la sociedad, más allá de la terminología científica.

Además, el hecho de que las cuestiones relativas a la agricultura genéticamente modificada se discutan en el CAS con la colaboración estrecha del IICA y las vinculadas a la agricultura familiar en la REAF del MERCOSUR, desafían a actores sociales e intelectuales a la difusión persistente del tema en aras de supervisar las políticas implementadas y los objetivos trazados.

Los nuevos movimientos sociales a través de sus redes y colectivos sociales denuncian los excesos del modelo vigente y las políticas promovidas por los organismos multilaterales manifestándose en contra de los transgénicos, dado que cooperativas, campesinos, agricultores familiares y pequeños productores —promotores de precios justos y calidad y defensores del medio ambiente, la seguridad alimentaria, el arraigo al territorio y los valores originarios—, se hallan invisibilizados como alternativa para mitigar los efectos de la crisis ambiental y alimentaria.

Sin embargo, para la co-construcción y captura de políticas tendrían que estar contemplados en la estructura institucional de los procesos de integración regional como el MERCOSUR o en su caso conquistar un espacio de participación en el CAS, de modo de discutir y coordinar las acciones a nivel regional. En ese sentido, en el ALBA-TCP la valoración dada a los movimientos sociales y por ende, a los conocimientos de las comunidades en una nueva dimensión social, actúa como un contrapeso interesante a la intergubernamentalidad del proceso y a sus vaivenes producto de eventuales cambios en los objetivos trazados.

De lo contrario, las conclusiones se seguirán limitando al señalamiento de resultados económico-comerciales “racionales” sustentados en el costo-beneficio de las alternativas, revelando el desdén por discutir el sentido y el contenido del desarrollo y una subordinación de lo público a lo privado y de lo político al campo científico.

Atendiendo a estas consideraciones, la disyuntiva de “cultivos transgénicos sí” o “cultivos transgénicos no”, requiere un retorno a lo político que incluya un diálogo más amplio para recuperar sujetos críticos. Sólo así, los procesos de integración regional en América Latina —y sus Estados Miembros— podrán disponer de mayor autonomía en el ámbito global, venciendo los diagnósticos que definieron a este y otros continentes como “subdesarrollados” e incapaces de construir colectivamente alternativas a medida de los pueblos.

V. Bibliografía

BENZI, Daniele, 2010. “¿En la hora de las definiciones? Una aproximación al ALBA al atardecer del neoliberalismo”, EN: *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, N° 10, 69-99.

BERMANN, Célio, 2012. “Economía verde: ¿una vía para otro mundo posible? Debates científicos e intereses políticos en torno de Río+20”, EN: *Nueva Sociedad* (on line), N° 239, mayo-junio. Disponible en: http://www.nuso.org/upload/articulos/3842_1.pdf (Fecha de consulta: 03/03/2014).

BRICEÑO RUIZ, 2011 “El ALBA como propuesta de integración”, EN: Josette Altmann Borbón (editora), *ALBA: ¿Una nueva forma de Integración Regional?*, Argentina: Teseo, 19-83.

CAMPOS, Gregorio Álvaro, 2006, “Los alimentos/cultivos transgénicos: una aproximación ecológica”, EN: *Phytoma España: La revista profesional de sanidad vegetal*, N° 120, págs. 74-77. Disponible en: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=32229> (Fecha de consulta: 03/03/2014).

CAS, 2012. “Estado de situación de los cultivos genéticamente modificados (GM)” (on line). Disponible en: http://www.consejocas.org/data/cas_documentos/425050.pdf (Fecha de consulta: 03/03/2014).

CAS/IICA, 2010. “Marcos regulatorios de bioseguridad y situación de las aprobaciones comerciales de organismos genéticamente modificados en los países del Consejo Agropecuario del Sur”, 2° edición (on line). Disponible en: <http://www.iica.int>.

FAO, 2011. “Marco estratégico de mediano plazo de cooperación de la FAO en agricultura familiar en América Latina y el Caribe 2012-2015” (on line). Disponible en: http://www.rlc.fao.org/iniciativa/expertos_agri/documentos/trabajo/1.pdf (Fecha de consulta: 03/03/2014).

FAO, CEPAL, IICA, 2012. “Perspectivas de la agricultura y del desarrollo rural en las Américas: una mirada hacia América Latina y el Caribe 2013” (on line). Disponible en: <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/9/48259/perspectivas—2013.pdf> (Fecha de consulta: 03/03/2014).

GIARRACCA, Norma y TEUBAL, Miguel, 2006. “Democracia y neoliberalismo en el campo argentino. Una convivencia difícil”. En: *La construcción de la democracia en el campo latinoamericano* de Grammont, Hubert C. (on line) CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Disponible en: <http://www.bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/grupos/gram/C02GiarraccaTeubal.pdf> (Fecha de consulta 03/03/2014).

GONZÁLEZ, Carmen, 2012. “Organismos Genéticamente Modificados (OGM) y Justicia: Implicaciones de la Biotecnología para la Justicia Ambiental Internacional”, EN: *Revista Jurídica Grado Cero UNAM* (on line), N° 1. Disponible en: <http://www.proyectogradocero.com/> (Fecha de consulta: 03/03/2014).

GONZÁLEZ, Leticia, 2011. “La Reunión Especializada de Agricultura Familiar del Mercosur. Creación y avances de un novedoso espacio en la agenda de la integración regional”, EN: *Revista Densidades* (on line), N° 8, 59-78. Disponible en: <http://www.densidades.org/> (Fecha de consulta 05/03/2014).

GRAIN—WRM—ATALC, 2012. “El trasfondo de la economía verde”, EN: *Economía verde. El asalto final a los bienes comunes* (on line), Publicación especial de la Alianza Biodiversidad con El Movimiento Mundial por los Bosques Tropicales (WRM) y Amigos de la Tierra América Latina y El Caribe (ATALC). Disponible en: <http://www.grain.org/article/entries/4528—economia—verde—el—asalto—final—a—los—bienes—comunes> (Fecha de consulta: 03/03/2014).

IICA y MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERÍA Y PESCA DE ARGENTINA, 2012. “Estudio comparativo entre cultivo de soja genéticamente modificada y el convencional” (on line). Disponible en: http://www.iica.int/Esp/Programas/Innovacion/Publicaciones_TeI/b2992e.pdf (Fecha de consulta 03/03/2014).

PARDO, Eugenia Candelaria, 2012. “Las cooperativas en la estructura jurídico—institucional de la CAN y el MERCOSUR”, EN: Mellado (coord.) *Instituciones, comercio y cooperación monetaria en la integración sudamericana: sus efectos sobre la gobernabilidad regional*, Córdoba, Argentina: Lerner SRL, cap. VI, 173-196.

PARDO, Eugenia Candelaria y SCHAPOSNIK, Carmen Rosa, 2012. “Estado actual y perspectivas de participación de las cooperativas en procesos de integración latinoamericanos”. EN: Congreso Internacional —RULESCOOP— Economía social: identidad, desafíos y estrategias (VII, 2012 setiembre 5-7, Valencia y Castellón de la Plana, España) (on line). Disponible en: <http://www.congresorulescoop2012.es/comunicaciones/?search-by=autor&search-tema=0&search-keyword=0&search-string=pardo+Eugenia> (Fecha de consulta: 03/03/2014).

PRATS, Joan Oriol, 2003. “El concepto y el análisis de la gobernabilidad”, En: *Revista Instituciones y Desarrollo* (on line), N° 14-15. Disponible en <http://www.iigov.org> (Fecha de consulta: 03/03/2014).

POLCAN, Eduardo, 2013. “La REAF, algo más que una reunión especializada sobre agricultura familiar en el MERCOSUR”, En: *Revista Densidades* (on line), N° 12, 153-156. Disponible en: <http://www.densidades.org/> (Fecha de consulta 05/03/2014).

RAMIREZ, Mirta Liliana y otros, 2012. “Relación entre el uso de agroquímicos y el estado sanitario de la población en localidades de los Departamentos Bermejo, Independencia y Tapenagá de la Pro-

vincia del Chaco” (on line). Disponible en: http://www.saludinvestiga.org.ar/nominas_detalle_ecm.asp?ECM_grupo=113 (Fecha de consulta: 03/03/2014).

RIBEIRO, Silvia, 2000. “Transgénicos: un asalto a la salud y medio ambiente”, En: *Realidad Económica* (on line), N° 175. Disponible en: <http://www.iade.org.ar/modules/noticias/article.php?storyid=4007> (Fecha de consulta: 03/03/2014).

ROBIN, Marie Monique, 2009. “Quien controla las semillas, controla la comida y la vida”. Diario *Página 12*, Entrevista realizada por Darío Aranda. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/dialogos/21-122355-2009-03-30.html> (Fecha de consulta: 03/03/2014).

SANTOS, Maureen, 2012. “Agricultura climáticamente inteligente: ¿qué hay detrás?”, En: *Economía verde. El asalto final a los bienes comunes* (on line), Publicación especial de la Alianza Biodiversidad con El Movimiento Mundial por los Bosques Tropicales (WRM) y Amigos de la Tierra América Latina y El Caribe (ATALC). Disponible en: <http://www.grain.org/article/entries/4528-economia-verde-el-asalto-final-a-los-bienes-comunes> (Fecha de consulta: 03/03/2014).

SCHAPOSNIK, Carmen Rosa, 2006. “Las cooperativas”, En: Noemí Mellado (coord.). *Los actores empresariales argentinos frente al Mercosur*, La Plata: Ed. EDULP, cap. IV, 75-93.

SCHAPOSNIK, Carmen Rosa y PARDO, Eugenia Candelaria, 2013. “Educación, cooperativas y ‘cohesión social’ en el ALBA-TCP”, EN: Noemí Mellado y Fernández Saca (editores), *Problemáticas de regionalismo latinoamericano en los inicios del siglo XXI*. El Salvador: Edic. Universidad Matías Delgado, parte V, 355-382.

— 2014. “La agenda social en el ALBA-TCP”, EN: Noemí Mellado (Directora y Editora), *Regionalismo latinoamericano: dimensiones actuales*, Córdoba, Argentina: Lerner SRL, cap. VIII, 229-262.

TEUBAL, Miguel y RODRÍGUEZ, Javier, 2005. *Agro y Alimentos en la globalización. Una perspectiva crítica*. Buenos Aires: Editorial La Colmena.

TOUSSAINT, Eric, 2008. “Volvamos a hablar de las causas de la crisis alimentaria” (on line). Disponible en <http://www.cadtm.org/Volvamos-a-hablar-de-las-causas-de> (Fecha de consulta: 03/03/2014).

— 2010: *La crisis global*. Buenos Aires: Ed. Madres de Plaza de Mayo.

VAILLANCOURT, Yves, 2011. “La economía social en la co-producción y la co-construcción de las políticas públicas”, En: *Revista del Centro de Estudios de Sociología del Trabajo*, N° III, 29-67.

VÍA CAMPESINA, 2012. “Economía Verde: la máscara del capitalismo”, En: *Revista por la soberanía alimentaria, biodiversidad y culturas* (on line). Disponible en: <http://revistasoberaniaalimentaria.wordpress.com/2012/04/10/la-mascara-del-capitalismo/>.

VOGLIANO, Soledad, 2012. “La agricultura en la economía verde, ¿el futuro que queremos?”, EN: *Economía verde. El asalto final a los bienes comunes* (on line), Publicación especial de la Alianza Biodiversidad con El Movimiento Mundial por los Bosques Tropicales (WRM) y Amigos de la Tierra América Latina y El Caribe (ATALC). Disponible en: <http://www.grain.org/article/entries/4528-economia-verde-el-asalto-final-a-los-bienes-comunes> (Fecha de consulta: 03/03/2014).

ZACUNE, Joseph, 2012: “Lucha contra Monsanto: Resistencia de los movimientos de base al poder empresarial del agronegocio en la era de la ‘economía verde’ y un clima cambiante” (on line). Disponible en: <http://www.viacampesina.org/downloads/pdf/sp/Monsanto-Publication-ES-Final-Version.pdf> (Fecha de consulta: 03/03/2014).

VI. Legislación consultada

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 2000. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 24/03/2000.

Constitución de Ecuador, 2008. Registro oficial, 21/10/2008.

Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, 07/02/2009.

Ley 300/2012 de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, 15/10/2012.

Ley de Semillas 37.553/2002. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 18/10/2002.

VII. Otros documentos consultados

Convenio Constitutivo CAS, 2003. Disponible en <http://www.aladi.org>.

Educación superior en América Latina. Algunas reflexiones sobre la necesidad de políticas educativas institucionalizadas

POR JULIA ESPÓSITO (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Breve evolución de la educación superior en América Latina. — III. Propuestas de los organismos internacionales. — IV. Internacionalización de la educación superior. — V. Algunas reflexiones finales. — VI. Bibliografía. — VII. Legislación consultada. — VIII. Otros documentos consultados.

"(...) la educación es una variable integradora que puede reducir las tensiones entre las sociedades."
Roberto Miranda (1999: 83)

Resumen: En el presente trabajo nos proponemos presentar la necesidad de visualizar la educación superior en América Latina en el contexto de los procesos de integración que atraviesan a la región. Comenzaremos con una revisión y comentario de los principales estudios sobre integración e internacionalización de la educación superior. En esta dirección, presentaremos de manera breve la evolución histórica de la educación superior en Latinoamérica, luego analizaremos las propuestas de los organismos internacionales y, por último, revisaremos las tendencias de internacionalización en la región.

Palabras clave: educación superior, integración, políticas educativas, América Latina.

L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR DANS L'AMERIQUE LATINE. QUELQUES REFLEXIONS SUR LA NECESSITE DES POLITIQUES EDUCATIVES INSTITUTIONNALISEES

Résumé: Dans le présent article nous nous proposons de présenter la nécessité de visualiser l'enseignement supérieur dans l'Amérique latine dans le contexte des processus d'intégration qui traversent la région. Nous commencerons par la révision et le commentaire des principales études sur l'intégration et sur l'internalisation de l'enseignement supérieur. Dans ce sens, nous présenterons brièvement l'évolution historique de l'enseignement supérieur dans la région latino-américaine, après nous analyserons les propositions des organismes internationaux, et, pour finir, nous réviserons les tendances d'internalisation dans la région.

Mots clef: enseignement supérieur, intégration, politiques éducatives, Amérique latine.

I. Introducción

En el presente trabajo nos proponemos presentar la necesidad de visualizar la educación superior en América Latina en el contexto de los procesos de integración que atraviesan a la región. (1) En la

(*) Docente adscripta de Derecho Internacional Público, Cátedra II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

(1) Actualmente los procesos de integración que atraviesan a la región de norte a sur son: Comunidad del Caribe (CARICOM), Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), Comunidad Andina, Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA-TCP), Mercado Común del Sur (MERCOSUR), Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), Alianza del Pacífico, Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) y, por último, quisiéramos agregar a esta lista a la Organización

actualidad nos encontramos en un contexto internacional de crisis financiera-económica (iniciado en 2007). Asimismo debemos reconocer que los procesos de integración no tienen únicamente como tema central en sus agendas el intercambio comercial. Los bloques de integración implican la coordinación de políticas económicas y comerciales pero también traen aparejadas la coordinación de cuestiones políticas, sociales, educativas y culturales. La integración debe involucrar a la totalidad de la población de la región y para ello debe contemplar todas las dimensiones que componen la vida social. Consideramos que la coordinación de políticas educativas en educación superior constituye un pilar fundamental en la construcción de estos procesos.

Nuestro enfoque en Latinoamérica no es aleatorio: en primer lugar, porque las características particulares de la educación superior en la región son más que interesantes. Por otra parte, formamos parte de éste sistema educativo, en su momento como estudiantes, actualmente como docentes y, por último, la región experimenta actualmente el nacimiento de nuevos organismos internacionales de gran envergadura que llaman nuestra atención. Es por ello que se vuelve necesario considerar el contexto económico, político y social que influye en la conformación y puesta en marcha de políticas educativas en el tercer nivel.

Comenzaremos con una breve reseña de la evolución de la educación superior en nuestra región siguiendo la explicación propuesta por Krotsch (2001) con quien coincidimos en que la dinámica de la educación superior (ES) y las instituciones está vinculada a los procesos de cambios sociales. Luego veremos las propuestas o sugerencias de los organismos internacionales —BM, OMC, OCDE, UNESCO, CEPAL (2)— para el desarrollo de la educación superior en los países de América Latina. Quisiéramos señalar aquí que los organismos mencionados se encuentran en la órbita de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), con ello queremos adelantar nuestra opinión sobre la marcada injerencia de éste organismo internacional de vocación universal en la región y la necesidad de que sea un organismo netamente regional el encargado de delinear las políticas educativas en el continente.

Por último, plantearemos la necesidad del establecimiento de instituciones regionales que fomenten la internacionalización de la educación superior en Latinoamérica y daremos un vistazo a dos propuestas prometedoras: ENLACES y el Mercosur Educativo.

II. Breve evolución de la educación superior en América Latina

El primer tipo o modelo de universidad que presenta Krotsch (2001) es la llamada “universidad transferida”. Nuestra universidad comenzó como una institución transferida de la universidad medieval y colonial que durante dos siglos fue precaria y débil. El contexto socioeconómico de la sociedad colonial se caracterizaba por la sencillez de sus actividades (artesanías, agricultura y minería) cuya producción en muy poca medida era recuperada por la población local, la mayor parte era llevada a la metrópoli. Las universidades latinoamericanas no fueron el resultado del desarrollo económico y social de la población ni del movimiento migratorio. Su nacimiento responde a un proceso de transferencia unilateral: son un acto administrativo y a la vez espiritual: las universidades se caracterizaban por ser instauradas por el Estado y la Iglesia simultáneamente a través de bulas papales y cartas reales. Es decir que las universidades no respondían a las necesidades de la población en aquel entonces.

Luego surge la “universidad de los abogados” a mediados del siglo XIX en un contexto distinto: los procesos de independización, el desarrollo de la hacienda y el crecimiento de las ciudades. Es así que la universidad se empieza a enraizar en la región y va a responder a las nuevas necesidades de la

de Estados Americanos (OEA), que si bien no es un proceso de integración como los mencionados se trata de un organismo regional con vocación universal, es decir, que abarca los temas más variados, entre ellos la educación. Asistimos al surgimiento de nuevos procesos que se superponen pero esta nueva situación no debe ser leída como una fragmentación sino como una respuesta a la diversidad tan rica que presenta Latinoamérica.

(2) BM: Banco Mundial; OMC: Organización Mundial del Comercio; OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico; CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe; UNESCO: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Tecnología.

sociedad (formación en armas, administración y profesiones liberales, y desarrollo de la educación). La fundación en 1842 de la Universidad de Chile dio inicio a este nuevo modelo de universidad latinoamericana.

A fines del siglo XVIII y comienzo del siglo XIX la universidad latinoamericana se va construyendo de manera lenta y desigual: será el resultado del contexto económico, social y cultural regional. Aquí nos encontramos con el movimiento de Reforma de 1918 que tuvo origen en la Universidad de Córdoba (Argentina) y que se extendió a casi toda Latinoamérica. La Reforma proponía el autogobierno, la representación de estudiantes y graduados y la modernización de la educación, entre otros puntos. El movimiento reformista introdujo la modernidad en la universidad en el sentido de democratizar esta institución pero conservó su carácter tradicional por su falta de articulación con la producción de conocimiento.

A partir de la década del cincuenta, se abre una nueva etapa en la evolución de la universidad regional: aumento de las instituciones, de los alumnos, los docentes y la aparición del sector privado en educación; el contexto histórico de este momento era la sustitución de las importaciones, la industrialización, los movimientos migratorios, el aumento de la urbanización y un proceso de diferenciación social de la oferta educativa. El desarrollo de la universidad está ligado ahora a la demanda de movilidad social de los sectores medios.

Junto a la idea del desarrollo, el modelo de educación norteamericano se expande en la región instalando la idea de que la universidad y la educación cumplen un rol fundamental en la formación de recursos humanos y en la modernización de la sociedad. Este modelo de modernización de las instituciones educativas suponía asegurar el financiamiento, desarrollar nuevos métodos educativos y adecuar un modelo a las circunstancias actuales.

Como mencionamos más arriba, el período de posguerra vio la multiplicación de instituciones de educación superior, universitarias y no universitarias, y el surgimiento con fuerza del sector privado (la Iglesia católica fue quien impulsó este desarrollo), pasando de esta manera del modelo de universidad de élite al modelo de universidad de masas. La masificación es entendida como participación de entre el 15 y 20 por ciento del grupo de edad de 20-24 años en la educación superior, si bien el analfabetismo estaba presente (se llegó a este estadio en 1985).

En la década de los ochenta se inicia lo que Krotzsch denomina la tercera generación de reformas. El contexto está dado por la apertura de la economía mundial: el eje es el mercado y la educación se orienta en esa dirección (el perfil de las nuevas carreras se orientaba hacia el servicio con una fuerte presencia de las ciencias de la administración); el Estado de bienestar entra en crisis y se agudiza la crisis fiscal. La evaluación entra en la escena de las políticas universitarias y se instala como legitimación de las mismas. Asimismo se advierte una participación activa de organismos internacionales en la elaboración de la agenda de reformas educativas y de la educación superior, especialmente el Banco Mundial.

Como resumen de esta última etapa, tomamos el informe de la CEPAL (Brunner, 2011) presentado en 1992 en el que se sostiene que en la región latinoamericana los sistemas de formación y difusión de conocimiento tienen un carácter polarizado y sin base integradora; que su expansión respondió en gran medida a presiones sociopolíticas y no a los requerimientos del desarrollo y que la administración de estos sistemas se fue burocratizando hasta tal punto que sólo le rinde cuentas a sí mismo.

Por último, quisiéramos mencionar que compartimos el enfoque propuesto por Mollis (2003) para estudiar el funcionamiento de los sistemas de educación superior que parece dominar en América Latina. Nos referimos al enfoque histórico-social que prioriza las políticas públicas, a los actores universitarios, enfatiza los elementos externos y diacrónicos, le otorga relevancia a los procesos macro por períodos o etapas y tiene en cuenta el contexto social, político y económico que opera como fuente de transformación de las instituciones universitarias. Asimismo propone el análisis cultural como otro enfoque útil. Es así que éste análisis permite afirmar que “la universidad se construye como una instancia de producción, control y legitimación en un contexto de tensión constante entre lo que la

sociedad, el Estado y el mercado productivo le delegan y sus tradicionales funciones de producción y difusión del saber” (Mollis, 2003: 205).

III. Propuestas de los organismos internacionales

El Banco Mundial ha orientado las políticas públicas prevalecientes en América Latina y ha tenido una activa participación en la construcción de la agenda desde la década de los noventa. Según este organismo, la educación superior es de fundamental importancia para el desarrollo económico y social de los países. En 1994 el Banco Mundial elaboró una serie de propuestas plasmadas en un documento titulado *Lessons of Experience* (Krotsch, 2001). Allí se planteaba que los países en desarrollo debían alcanzar metas más altas en materia de eficiencia, calidad y equidad. Para ello proponía las siguientes estrategias: promover la diferenciación de instituciones; redefinir el papel del Estado en la educación superior; introducir políticas orientadas explícitamente al logro de la equidad; incentivar que las instituciones públicas diversifiquen las fuentes de financiamiento, incluyendo aranceles.

Según un documento de orientación de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Tecnología (2004), una de las cuestiones más debatidas es la liberalización y promoción del intercambio comercial de servicios de educación por medio de acuerdo comerciales. El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios es administrado por la Organización Mundial del Comercio (OMC) y es el primer acuerdo multilateral que abarca el comercio de servicios, siendo la educación uno de los doce servicios principales y la educación superior uno de los cinco subsectores de la educación. La OMC promueve el comercio con fines de eficiencia económica sin competencia en la esfera de la educación. El temor instaurado en la comunidad docente es que la OMC pueda influir de manera negativa en el desarrollo sostenible de la educación. Las instituciones, los sindicatos docentes, los estudiantes y los especialistas en la materia se oponen rotundamente a que se trate a la educación superior como un producto y a que los países asuman compromisos en el marco de esos Acuerdos. Otros sectores sostienen que la comercialización de la educación está en marcha y que aporta beneficios siempre y cuando se regule de manera correcta.

La CEPAL junto con la UNESCO presentaron en 1992 (Brunner, 1995) un documento en el que se propone reconocer a las universidades su libertad de emprender tareas acordes con el proyecto institucional de cada una con independencia y autonomía; reforzar la vinculación entre las universidades y el sector productivo; asegurar una formación de calidad compatible con las exigencias del desarrollo científico, técnico y profesional, así como de la economía y de la política que ayuden a los países a insertarse con éxito en el ámbito internacional y a resolver sus problemas de integración y equidad; crear mecanismos de evaluación externa y estimular la transparencia del sistema; adoptar mecanismos suficientemente rigurosos para la creación y autorización de nuevas universidades privadas y para la acreditación de programas de posgrado; implementar una nueva relación entre el Estado y los sistemas de educación superior que permita aumentar la efectividad y la eficiencia de las instituciones y la productividad del trabajo docente y de investigación.

También podemos mencionar el proyecto iniciado en 2006 por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (3) de evaluación de los resultados de la educación superior que se centra en la interacción entre los alumnos y el profesorado, las expectativas de carrera, la finalización de los estudios y el éxito en cuanto a encontrar trabajo. El programa de la OCDE tiene alcance mundial y comprende la observación y análisis de la elaboración de políticas; la recolección de información y la puesta en común de nuevas ideas teniendo en cuenta las experiencias pasadas. Las actividades propuestas por el programa ayudan a los países miembros en el desarrollo de la enseñanza superior en el nivel internacional, nacional y local.

(3) Quisiéramos mencionar otro de los proyectos implementados por la OCDE en los últimos años. Nos referimos al Programa para la Evaluación Internacional de Alumnos (PISA, por sus siglas en inglés) que tiene como propósito la necesaria y posible mejora de la educación. No nos explayaremos en este programa porque tiene como objetivo la enseñanza en su nivel secundario y no el superior.

Esta visión global de las tareas que vienen realizando los organismos especializados da cuenta de la importancia asignada a nivel mundial al delineamiento de políticas educativas en educación superior.

IV. Internacionalización de la educación superior

Brunner (1995) recomienda para lograr la modernización de la educación superior en América Latina su internacionalización, entre otros puntos de una agenda a definirse. La UNESCO define la internacionalización (4) como “la multiplicidad de políticas y programas que las universidades y las autoridades públicas ponen en práctica frente a la mundialización (globalización) (5), consistentes normalmente en enviar a alumnos a cursar estudios en el extranjero, establecer campus filiales en otros países o entablar algún tipo de relación de asociación interinstitucional” (Altbach, Reisberg, y Rumbley, 2009: 2).

Según Brunner es necesario superar el marco restringido en que se desarrollaron las instituciones de educación superior en la región. Se trata de una necesidad cultural y económica que viene impuesta por los tratados de cooperación económica, cultural y tecnológica que exigen cada vez más a las instituciones. La clave, según este autor, está en desarrollar el currículum y las formas de acreditación de estudios, la preparación y la movilidad del profesorado.

En Europa nos encontramos con el Proceso de Bolonia y la Estrategia de Lisboa que son los ejemplos más claros de este tipo de compromiso internacional. El Proceso de Bolonia reúne a 40 países en un proceso voluntario de instauración de un Espacio Europeo de Enseñanza Superior (EES). El EES se contempla como un espacio abierto en el que no existen obstáculos a la movilidad de estudiantes, titulados, profesores y personal de administración, y se articula en torno al reconocimiento de titulaciones y otras cualificaciones de educación superior, la transparencia (un sistema de titulaciones comprensibles y comparables organizado en tres ciclos) y la cooperación europea en la garantía de la calidad.

Este proceso ha tendido como crítica principal el condicionamiento de la educación superior a las necesidades del mercado, cuya consecuencia es la tendencia a la eliminación de la educación pública (Veglia y Pérez, 2011).

En Latinoamérica aún estamos lejos de un sistema como el señalado en el párrafo anterior. En palabras de Brunner (1995), lo que sucede en la región es que las relaciones entre los gobiernos y los sistemas educativos están mal diseñadas y mal coordinadas, las regulaciones públicas son insuficientes o mal organizadas, y que el rol del Estado se ha limitado a transferir recursos al sector institucional público careciendo de instrumentos para orientar, coordinar y evaluar a las instituciones beneficiadas por esas asignaciones.

Además, Burnner (2008) señala otras dificultades que imposibilitarían la implantación de un proceso en los términos de Bolonia en la región como serían los sistemas educativos disímiles por su tamaño, sus tasas de participación, sus relaciones con el Estado, los montos de financiamiento y el peso relativo de la matrícula privada, entre otros.

Sin embargo, consideramos que la elaboración de una agenda para la educación superior en América Latina no puede separarse de los procesos reales en curso. Actualmente asistimos a una diversificación de los procesos de integración en nuestra región. Consideramos que para dar impulso a los procesos de integración y lograr una nueva y moderna agenda en educación superior es primordial que los países latinoamericanos tomen conciencia del rol fundamental que cumple la educación (en

(4) La UNESCO percibe a la internacionalización de la educación superior como una consecuencia de la mundialización, entendida ésta como “la realidad que conforman una economía mundial cada vez más integrada, la nueva tecnología de la información (...), la aparición de una red internacional de conocimientos, el papel del idioma inglés y otras fuerzas que escapan al control de las instituciones académicas”. (Altbach, Reisberg, y Rumbley, 2009: 2).

(5) La aclaración es nuestra.

todos sus niveles) para lograr una exitosa inserción regional e internacional y resolver las asimetrías y problemas existentes.

Ahora bien, necesitamos un marco institucional que pueda coordinar las políticas de educación superior y crear una agenda de políticas universitarias. La Organización de Estados Americanos (OEA) podría ser el organismo regional encargado de llevar a cabo esta tarea. La firma de la Carta de la OEA en 1948 dio nacimiento a la etapa del interamericanismo, es decir, que las relaciones comenzaron a entablarse *entre* los Estados americanos dejando atrás la etapa del panamericanismo (donde las relaciones se entablaban entre Estados Unidos y cada uno de los Estados Americanos, es decir, de manera bilateral). Si bien entendemos a la OEA como un organismo de gran envergadura que cuenta con una estructura institucional consolidada, vislumbramos la presencia de los Estados Unidos como un factor negativo que podría entorpecer el diseño y coordinación de políticas destinadas a los países latinoamericanos ya que en su agenda la cuestión educativa no es primordial.

Existen actualmente dos espacios —uno latinoamericano y otro en el cono sur— que en un futuro podrían abordar esta tarea. El primero de ellos es el Espacio de Encuentro Latinoamericano y Caribeño de Educación Superior (ENLACES) que fue creado en 2009. (6) Se trata de una plataforma regional para la movilización y articulación de acciones concretas de cooperación académica solidaria que promuevan el conocimiento de las características, tendencias y problemas de la educación superior en la región; el diálogo entre los actores institucionales con miras a la consolidación de una agenda de consenso encaminadas a la superación de nuestras deficiencias y la promoción de una educación superior inclusiva, de calidad y pertinente; el apoyo a los procesos de reforma y/o fortalecimiento de los sistemas nacionales y de las instituciones de educación superior y la divulgación de informaciones vinculadas a esos procesos.

Este espacio se articula con la partición de instituciones (Ministerios de Educación; Ministerios de Educación Superior; Instituciones Gubernamentales; Instituciones de Educación Superior (IES); Redes y Asociaciones de Instituciones de Educación Superior; Agencias Nacionales e Internacionales de Desarrollo de la Educación Superior y de Ciencia, Tecnología e Innovación) y de individuos (docentes, investigadores, estudiantes, trabajadores técnico-administrativos, etc.) lo que permite la intervención activa de todos los actores involucrados en la construcción de la agenda de la educación superior latinoamericana.

Actualmente el proyecto ENLACES está coordinado y gestionado por la UNESCO. En un futuro, cuando adquiera mayor madurez y se consolide podrá coordinarse a sí mismo independientemente de éste organismo especializado de las Naciones Unidas.

El segundo espacio lo encontramos en el Mercosur. Si bien el Tratado de Asunción (1991) no contemplaba la cuestión educativa, con el transcurso de los años se fue incorporando a la agenda de este proceso de integración. Es así que se dio inicio en 2001 al Sector Educativo del Mercosur (SEM). Se planteó como objetivo desarrollar un espacio educativo común, a través de la coordinación de políticas que articulen la educación con el proceso de integración del Mercosur, la estimulación de la movilidad, el intercambio y la construcción de una identidad y ciudadanía regional, con el objetivo de alcanzar una educación para todos con calidad, con una especial atención a los sectores vulnerables en un proceso de desarrollo con justicia social y respecto a la diversidad cultural de los pueblos de la región.

Sucintamente diremos que actualmente la estructura del SEM se compone de la Reunión de Ministros de Educación (RME), instancia máxima de decisión, el Comité Coordinador Regional (CCR), las tres Comisiones Regionales Coordinadoras de Área (CRC), que atienden tres áreas específicas: Educación Básica, Educación Tecnológica y Educación Superior, y el Sistema de Información y Comunicación (SIC), responsable de suplir las necesidades de comunicación, gestión de conocimiento, información y trabajo cooperativo en el ámbito del SEM. En junio de 2008 se creó

(6) La Declaración de Santo Domingo firmada el 10 de marzo de 2009 crea ENLACES.

el Fondo de Financiamiento del SEM con el propósito de financiar los programas y proyectos del área educacional que fortalezcan el proceso de integración regional. El propio SEM reconoce que existe un déficit institucional en el sector que requiere un replanteamiento de la lógica de su funcionamiento.

Como bien señala Perrota (2010) el SEM en su área de educación superior consta de tres espacios de trabajo bien delimitados: la acreditación, las acciones de movilidad de estudiantes, de transferencias de créditos y de intercambio de docentes e investigadores y la cooperación interinstitucional. Las iniciativas en el marco del SEM que han tenido lugar hasta ahora son: a) iniciativas de acreditación: el Mecanismo Experimental de Acreditación de Carreras para el reconocimiento de Grados Universitarios en el MERCOSUR, Chile y Bolivia (MEXA) y el Sistema Permanente de Acreditación de Carreras para el reconocimiento de Grados Universitarios en el MERCOSUR, Chile y Bolivia (ARCU - SUR); b) iniciativas de movilidad: Programa de Movilidad Académica Regional para los Cursos Acreditados por el Mecanismo de Acreditación de Carreras de Grado en el MERCOSUR (MARCA), el Programa de Movilidad MERCOSUR (PMM) y el Espacio Regional de Educación Superior (ERES); c) iniciativa de investigación: el Centro de Enseñanza e Investigación en Meteorología del MERCOSUR; d) iniciativa de armonización: los Programas de reconocimiento de titulaciones en el nivel de posgrado (comprenden la prosecución de estudios de posgrado y el reconocimiento para el ejercicio de la actividad académica).

Si bien el SEM cuenta con una estructura institucional compleja, se vislumbra aún débil para encarar la tarea que se propuso, consideramos que los gobiernos de los cinco Estados Partes del Mercosur deben poner sus ojos en él y reforzar los esfuerzos para poder encarar esta tarea satisfactoriamente y poder responder a las necesidades y demandas sociales de los ciudadanos del bloque.

Hemos visto hasta aquí dos propuestas regionales que manifiestan la necesidad de regular políticas de coordinación de los sistemas de educación superior como un pilar fundamental destinado a lograr superar las asimetrías y afianzar la integración.

V. Algunas reflexiones finales

Aquí quisiéramos retomar una de las ideas de Mollis (2003). Esta historiadora nos dice que la universidad corporativa del siglo XXI apela a una finalidad de lucro en favor de intereses privados y contribuye a una segmentación social. Sostiene que la administración eficiente de una universidad se orienta por el sentido de su función social y que debemos recuperar el significado social, ético y humanista de la calidad educativa. La universidad latinoamericana debe contribuir a la formación de la ciudadanía de los jóvenes en una diversidad de intereses que dinamicen los espacios cívico-democráticos. Estamos convencidos de que estos espacios están constituidos por los procesos de integración existentes y emergentes en nuestra región que deben orientarse a responder las necesidades y demandas de la sociedad latinoamericana.

Por último, reconocemos que es necesario seguir los lineamientos propuestos por los organismos internacionales, como el Banco Mundial y la CEPAL, para poder delinear los pasos a seguir en la construcción de la agenda de educación superior latinoamericana pero también es necesario la construcción de espacios netamente latinoamericanos de coordinación de políticas que comprendan el origen y la evolución de la educación superior, el contexto actual y las necesidades de los países de la región.

Es posible recoger las directivas del proceso de Bolonia que nos resulten útiles o convenientes sin la necesidad de copiar o intentar trasplantar forzosamente un modelo que, como ya manifestáramos, no se ajusta a nuestra realidad, rechazando la concepción mercantilista de la educación. Consideramos que ENLACES y el SEM podrían ser los marcos institucionales fuertes y dinámicos que nos permitan transitar, en futuro próximo, por ese camino.

VI. Bibliografía

ALTBACH, Philip, REISBERG, Liz, y RUMBLEY, Laura (2009). *Tras la pista de una revolución académica: Informe sobre las tendencias actuales para la Conferencia Mundial sobre Educación Superior organizada por la UNESCO en 2009*. París: UNESCO.

BRUNNER, José Joaquín (1990). *Educación Superior en América Latina. Cambios y desafíos*. Chile: Fondo de Cultura Económica.

(1995). *La Educación en América Latina: una agenda de problemas, políticas y debates en el umbral del año 2000*. Buenos Aires: Proyecto de Políticas Comparadas en Educación Superior, Documento CEDES/108.

(2008). “El proceso de Bolonia en el horizonte latinoamericano: límites y posibilidades”, EN: *Revista de Educación*, Madrid, número extraordinario, 119-145.

(2011). “Educación y conocimiento: las dos agendas y sus desafíos”, EN: Alicia Bárcena y Narcís Serra (ed.). *Educación, desarrollo y ciudadanía en América Latina*. Santiago de Chile: CEPAL, 39-90.

GARCIA GUADILLA, Carmen (1996). *Conocimiento, Educación superior y Sociedad en América Latina*. Caracas: Nueva Sociedad.

KROTSCH, Pedro y SUASNÁBAR, Claudio (2003). “Los estudios de la educación superior: una reflexión en torno de la existencia y posibilidades de construcción de un campo”, EN: *Pensamiento Universitario*, Buenos Aires, 10, 35-54.

KROTSCH, Pedro (2001). *Educación superior y reformas comparadas*. Quilmes: Universidad Nacional de Quilmes.

MIRANDA, Roberto Alfredo (1999), “Cono Sur: regionalismo cultural e integración educativa”, EN: *Revista de Relaciones Internacionales*, La Plata, 16, 59-93.

MOLLIS, Marcela (2003). “Un breve diagnóstico de las universidades argentinas: identidades alteradas”, EN: Marcela Mollis (coord.) *Las Universidades en América Latina: ¿Reformadas o Alteradas? La Cosmética del Poder Financiero*. Buenos Aires: CLACSO, 203-216.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (2004). *Educación Superior en una sociedad mundializada*. París: UNESCO.

PERROTA, Daniela (2010). *Las agendas de educación superior y de ciencia y tecnología en el Mercosur: alcances y desafíos de la cooperación*. Buenos Aires: FLACSO.

VEGLIA, Daniela Beatriz y PÉREZ, Valeria Gisela. El proceso de Bolonia y su incidencia en el Mercosur, EN: Congreso internacional de la Red de Integración Latinoamericana (1a: 2011 mayo 9-12, Santa Fe, Argentina). *Ponencias en líneas*. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 2011.

VII. Legislación consultada

Ley 23.981. Tratado para la constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay (MERCOSUR). Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 12/09/1991.

VIII. Otros documentos consultados

Comisión Económica para América Latina (CEPAL): <http://www.eclac.org/>

Espacio de encuentro latinoamericano y caribeño (ENLACES):

<http://www.iesalc.unesco.org.ve/enlaces>

Organización de las Naciones Unidas para la educación, la ciencia y la tecnología (UNESCO): <http://www.unesco.org/>

Mercosur Educativo: <http://www.sic.inep.gov.br/>

Organización para la cooperación y el desarrollo económico (OCDE): <http://www.oecd.org/>

Organización de Estados Americanos (OEA): <http://www.oas.org/es>

Políticas públicas en materia de regularización dominial y la importancia de la colaboración del notariado

POR NATALIA LORENA BARRIVIERA (*), LORENA MUÑOZ (**),
MARÍA ROSA DEL MILAGRO MARTÍN (***) y KARINA ANDRIOLA (****)

Sumario: I. El título de propiedad como aspecto esencial del derecho constitucional de acceso a una vivienda digna. — II. Relevancia de la obtención del título de propiedad en nuestra legislación. — III. Problemas que conlleva la falta de titulación. — IV. Roles del estado y del notariado en el saneamiento de la falta de título. — V. Políticas públicas y herramientas utilizadas en el saneamiento de la titulación en la Provincia de Buenos Aires. — VI. Reflexiones finales. — VII. Bibliografía. — VIII. Otros documentos consultados. — IX. Legislación consultada.

“Ésta es la hora en que toda clase que no quiera ser barrida del porvenir inminentemente, debe realizar sin hipocresías su examen de conciencia y preguntarse sobre qué títulos de utilidad común podrá fundar su derecho a existir mañana en una sociedad mejor que ésta.” Piero CALAMANDREI.

Resumen: Partiendo de la premisa de que el título de propiedad es un aspecto esencial del derecho constitucional de acceso a una vivienda digna, realizamos un diagnóstico de la situación argentina actual en materia de titulación de la vivienda en los sectores más vulnerables de la población, destacando la importancia que tienen las políticas públicas en el saneamiento de la titulación y regularización dominial, y la trascendencia de la colaboración del notariado de número en dicha tarea.

En tal sentido, enumeramos y explicamos concisamente la legislación nacional y provincial destinada a erradicar dicha problemática, y por último vinculamos la actividad y el aporte realizado por los escribanos, resaltando la función social que incumbe a dicha profesión.

Palabras clave: Acceso a una vivienda digna, título de propiedad, regularización dominial, función social del notariado, saneamiento de la titulación.

PUBLIC POLICY ON REGULARIZATION DOMINIAL AND THE IMPORTANCE OF COLLABORATION TO THE NOTARY

Abstract: Taking into account the premise that the title deed to prove ownership is an essential aspect of the constitutional right of access to adequate housing, we elaborate a diagnosis of the current situation in Argentina regarding that issue in the most vulnerable sectors of the population. We emphasize the key role of public policy on issuing title deeds and regularization dominial, and the importance of collaboration of notarial number in this task. In this regard, we list and briefly explain the national and provincial legislation aim to eradicate this issue, and finally we associate the activity and the contribution that the notarial number performed in this work, emphasizing the social role of that profession.

Key words: Access to decent housing, title deed of real property, regularization dominial, social function of notary, cleansing of the registering.

I. El título de propiedad como aspecto esencial del derecho constitucional de acceso a una vivienda digna

El art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional establece que el Estado garantizará el acceso a una vivienda digna. (1) En tal sentido, dejaremos de lado aquellas consideraciones relacionadas con las características físicas que debe revestir una vivienda para poder considerarse digna, y nos abocaremos al tratamiento específico del acceso al título de propiedad de la misma, como una cualidad fundamental de la mentada garantía. En este entendimiento, consideramos que el título de propiedad, constituye uno de los aspectos esenciales del derecho consagrado en el citado texto constitucional.

El título de propiedad de la vivienda, confiere la posibilidad a quien lo obtenga, de acceder a más y mejores créditos hipotecarios, situándose dentro del mercado inmobiliario formal, y asimismo facilita el acceso a planes y programas promovidos por organismos nacionales e internacionales, que tengan por finalidad financiar el mejoramiento o construcción de la vivienda para los sectores más vulnerables de la población.

Por otra parte, la realidad demuestra, que en gran cantidad de supuestos, las personas que más necesitarían los beneficios de este tipo de programas, no cuentan con el título de propiedad de su única vivienda familiar, lo que se convierte en un obstáculo —complejo de sortear— para alcanzar estos beneficios.

En nuestro país adquiere singular relevancia la obtención del título de propiedad, puesto que a través de él, se afirma el derecho de acceso a una vivienda digna, reconocido —como se expusiera— tanto en nuestra Carta Magna, como en los tratados y convenciones internacionales a ella incorporados. En el aseguramiento de dicha garantía constitucional, debemos tener presente que: 1) El acceso de los sectores más bajos de la pirámide social, a la obtención del título de propiedad, es un requisito esencial para disminuir la marginalización de los mismos; y 2) Es necesario ampliar las políticas sociales, tendientes a que el sector más bajo de la clase media (2) —hasta quienes no llega la ayuda estatal— puedan alcanzar la obtención del título de propiedad de las viviendas que ocupan (siempre que esta ocupación posea una causa lícita).

II. Relevancia de la obtención del título de propiedad en nuestra legislación

En el derecho argentino, para provocar la transmisión y correlativa adquisición derivada de derechos reales entre vivos, resulta necesario reunir dos requisitos: el título suficiente y el modo suficiente (también denominado “tradición de la cosa”). En el ámbito de los derechos reales, se define al modo suficiente como:

“Acto jurídico (art. 944 Cód. Civil), realizado voluntariamente, con discernimiento, intención y libertad, manifestado concretamente por un “hecho exterior” (art. 913 Cód. Civil), de carácter lícito

(*) Profesora Ordinaria Adjunta de Derecho Notarial y Registral, Cátedras I y II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

(**) Docente de Derecho Notarial y Registral, Cátedra II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

(***) Docente de Derecho Notarial y Registral, Cátedra II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

(****) Becaria de investigación del CONICET.

(1) Desde hace más de cincuenta años, que este derecho goza de reconocimiento constitucional en nuestro país —producto de la Convención Constituyente del año 1957—, y desde un tiempo más reciente a esta parte —con la reforma constitucional del año 1994—, se ve reflejado en instrumentos internacionales que han obtenido jerarquía constitucional, tales como Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de Derechos Humanos.

(2) Nos referimos a la clase media baja, teniendo en cuenta que en la pirámide social argentina, el sector de la clase media se subdivide en tres segmentos: Clase media alta, Clase media típica y la clase media baja.

(art. 898), bilateral (arts. 946 y 2377 Cód. Civil), de naturaleza real, que sin ser considerado contrato, entraña la transmisión de la cosa.

La cosa se entiende entregada (art. 574) únicamente cuando se observen las formas autorizadas por el Código Civil (art. 2378), mediando actos materiales al menos de alguna de las partes (arts. 2379 y 2380 Cód. Civil), sin poder extenderse a otros modos no contemplados legalmente, siempre y cuando se hallaren cumplidos los requisitos consiguientes (arts. 2601, 2602 y 2603 Cód. Civil) y el inmueble se encuentre libre de contradictor, con posesión vacua (arts. 2380 *in fine* y 2383 Cód. Civil)” (ARRAGA PENIDO, 1996).

Cualquier persona a quien hayan entregado la cosa, y no posea un título suficiente, solo tendrá un derecho personal (3), pero no habrá adquirido un derecho real, hasta que cumpla con el requisito antes mencionado.

El título (4) de propiedad mentado a lo largo de este trabajo, es el denominado título suficiente (5), definido como:

“Acto jurídico (en el sentido del art. 944 Cód. Civil), munido de las condiciones *de fondo* (capacidad en el transmitente y en el adquirente y titularidad del derecho que transmite en el transmitente: arg. art. 3270 Cód. Civil, con las limitaciones que resultan del juego de los arts. 2412 para las cosas muebles, y arts. 1051, 2777 y 2778 Cód. Civil, para los inmuebles) y *de forma* que en cada caso resulte exigible y dotado por la ley de aptitud para transferir derechos reales (satisfacen este recaudo la compraventa, donación, el aporte de sociedad, etc.)” (6) (MARIANI DE VIDAL Marina, 1995:94-95).

El notario, profesional del derecho a cargo de una función pública, interviene como un tercero imparcial y necesario, en el cumplimiento de las formas legales establecidas en el Código Civil, para la configuración de uno de los elementos necesarios para la transmisión de los derechos reales como lo es el “título suficiente”.

Para los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles (7), la forma legal establecida por el Código Civil es la escritura pública, siendo el escribano su autor. El notario con su poder fedatario cumple un rol fundamental. Su intervención deviene obligatoria, y una vez designado por las partes, reviste a la contratación inmobiliaria de la mayor seguridad jurídica. A través del ejercicio de su profesión, confiere a los contratos autenticidad, certeza y fuerza ejecutiva, dotándolos del máximo valor probatorio. (8)

Como expresáramos previamente, el acceso al título suficiente de la vivienda, posibilita la obtención de más y mejores créditos tendientes a mejorarla, elevando en consecuencia la calidad de vida. Concordantemente con lo expuesto, estos cambios transformarán y renovarán los barrios y ciudades, mejorando las condiciones de habitabilidad, recuperando las relaciones sociales desgastadas y fortaleciendo los lazos comunitarios.

(3) Este derecho personal solo le permitirá exigirle a la otra parte del contrato, el cumplimiento de la forma establecida en la legislación argentina para la transmisión, modificación, constitución, de los derechos reales, como es la autorización de la escritura pública.

(4) Según MARIANI DE VIDAL Marina, “...en el lenguaje común se suele denominar “título” al instrumento que formaliza el título suficiente.

(5) Cuando hablamos de título suficiente no nos referimos al justo título ni al título putativo.

(6) Contratos como el depósito, la locación, el comodato, etc., carecen de fuerza en orden a la transmisión de derechos reales, ya que ellos dan origen a derechos personales.

(7) Citamos como ejemplo lo dispuesto en los arts. 1184 y 1810 del Cód. Civil.

(8) El art. 993 Cód. Civil establece: “El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia”.

En estas circunstancias, aparece en escena el concepto de hábitat, como derecho humano que no se acaba en la definición de vivienda, sino que sugiere un espacio mucho más extenso y abarcativo, donde la familia logra desarrollarse en plenitud física y espiritual. (9)

En tal sentido, podría citarse a Emanuel Caló, quien reproduce una tesis básica realizada por la Comisión de Alto Nivel para el Apoderamiento Legal de los Sectores Pobres —HLCLEP—, que afirma:

“...los pobres a menudo no son tales, en cuanto a que si se les atribuyera el título de propiedad y los derechos vinculados a los inmuebles de los cuales están disfrutando sin títulos formales, podrían acceder a una forma superior de goce de los mismos, gracias, entre otros a la posibilidad de recurrir al crédito” (CALÓ, 2007:535).

III. Problemas que conlleva la falta de titulación

La toma de tierras, la intrusión en edificios y el asentamiento de villas de emergencia, situados en la periferia de grandes ciudades (generalmente cerca de ríos y arroyos contaminados y en zonas de baja calidad ambiental), conforman lo que se denomina “autourbanización informal”. En estos sectores, los flujos de poblaciones migrantes, el cambio de domicilio de quienes vivían en sectores rurales hacia la ciudad, la pobreza, la falta de trabajo y de acceso a la educación, la droga, la marginalidad y la desnutrición, entre otros, se convierten en factores que se repiten, y llevan a una convivencia familiar en lugares mínimos, sin planificación ni respeto a las condiciones dignas de vivienda, a todo lo cual se suma la carencia de servicios elementales como gas, agua potable y cloacas.

En consecuencia, el acceso a un título de propiedad para este sector de la población, resulta un aspecto largamente olvidado y una problemática que no se ha abordado con la profundidad que amerita. No obstante, en los últimos años, la Unión Internacional del Notariado Latino, ha logrado concitar la atención internacional sobre este punto, en las denominadas “Conferencias internacionales sobre titulación masiva”, las cuales se han convertido en el punto de partida para discutir acerca de las políticas públicas implementadas para erradicar la pobreza en el continente americano y en el mundo.

Si bien es cierto que a través de ciertas políticas públicas en materia de vivienda, tales como planes de construcción de viviendas y de regularización dominial, se ha trabajado en pos de la garantía constitucional del acceso a una vivienda digna (incluso en el aspecto jurídico de la titulación, orientado especialmente a los sectores más vulnerables de la sociedad), éstas resultan hoy insuficientes para atender una demanda insatisfecha desde hace varias décadas en todo nuestro territorio argentino. En relación a lo expuesto, se ha afirmado que

“...la Argentina no es la excepción, la restringida oferta de suelo urbano formal para sectores bajos y medios, lleva a la realización de maniobras al margen de la ley civil y urbanística motivada en general por la necesidad de contar con un espacio físico (en general periférico y degradado ambientalmente) de realización personal y familiar, dando como resultado una marcada proliferación de la informalidad y de densificación de villas y asentamientos. En este marco la respuesta estatal suele ser de naturaleza curativa, dada por la presión social y hasta judicial tendiente a la regularización urbana y dominial de estas situaciones consolidadas en el tiempo, aunque en algunos casos la respuesta es de naturaleza represiva, hacia quienes buscan un lugar donde vivir. En la Provincia de Buenos Aires con este objetivo se han dictado en los últimos años más de 170 leyes de expropiación que no han sido ejecutadas en su gran mayoría por falta de recursos o imposibilidad de concreción técnica por la vía procedimental vigente” (SCATOLINI, 2011).

De lo expuesto se desprende que, a pesar de las iniciativas plasmadas en la legislación, las políticas públicas y la participación de los distintos operadores, el efectivo acceso a la titulación de la vivienda

(9) Ver al respecto, el desarrollo sobre esta temática realizado por la Cátedra Libre de Hábitat Popular, publicado en la Revista del Hábitat N° 1 del Año 2013 - Ciudad Abierta - Universidad Nacional de La Plata.

no alcanza a cubrir las demandas y expectativas sociales, tornando ilusorio, en consecuencia el acabado ejercicio del derecho a una vivienda digna.

A todo ello se agrega, una cierta relación de causa y efecto entre la situación de aquellos sectores que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y la falta de titulación formal de la propiedad.

En este sentido, el autor peruano, Hernando DE SOTO en su obra “El Misterio del Capital. Por qué el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en el resto del mundo”, realiza un exhaustivo examen de esta problemática, refiriéndose especialmente al denominado “capital muerto”. Expresa el autor citado, que la falta de titulación, esto es, la carencia de un título formal de los bienes de los cuales de hecho se tiene ya el control y disfrute, implica su sustracción del mercado, y su consecuente esterilidad en cuanto riqueza que tiene la aptitud de producir otra.

Asimismo destaca la importancia que adquiere la incorporación de la propiedad al circuito legal en un mercado capitalista. Sabido es que, actualmente, la mayoría de los países han adoptado una organización bajo el sistema capitalista y economía de mercado, lo cual trae aparejado inversiones extranjeras, la necesidad de estabilizar la moneda, entre otras medidas importadas de los países occidentales en los cuales el capitalismo se encuentra más arraigado.

El problema en aquéllos países en los cuales no están dadas las condiciones para que la implementación del capitalismo pueda beneficiar a todos, es la marginación que el sistema representa para aquellos que resultan excluidos del sistema.

Conforme expresara Hernando de Soto, la historia demuestra que la solución no está en importar leyes que funcionaron en otros países e incorporarlas al ordenamiento jurídico de aquellos en los que el capitalismo funciona con éxito, sino que, por el contrario, se debe partir de las realidades propias de estas naciones y de los acuerdos extralegales que sus habitantes han ido creando al verse apartados del sistema de propiedad formal.

Las conclusiones expuestas se refieren básicamente a la contradicción que habitualmente se observa entre la disponibilidad de hecho de los bienes y la falta de control real de los mismos, debida a la falta de titulación, lo cual se traduce necesariamente, en la imposibilidad de acceso a créditos (entendidos éstos en sentido amplio, como medios de financiación, otorgados tanto por entidades bancarias, como por el mismo Estado, con fondos propios o provenientes de entidades no gubernamentales nacionales o internacionales).

IV. Roles del estado y del notariado en el saneamiento de la falta de título

En cumplimiento de lo dispuesto por el art. 14 bis de nuestra Carta Magna y obligaciones asumidas en Tratados de jerarquía constitucional (10), el Estado ha asumido el compromiso de facilitar el acceso al título de propiedad de la vivienda, en aquellos supuestos que así fuere necesario y para ello, deberá adoptar medidas concretas de asistencia y apoyo a los sectores que no pueden acceder a él.

Para lograr esos objetivos, el Estado instrumentará, directa o indirectamente, planes específicos que permitan el acceso al título de propiedad (título suficiente), e implementará políticas y programas tendientes a regularizar la situación dominial de los inmuebles que carecen de dicha titulación. A través de esas acciones, se acrecentará la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario y escriturario. El proceso de análisis previo a la adopción de tales medidas, debe ser abordado interdisciplinariamente. (11)

(10) Si bien el análisis excede el marco del presente trabajo, entendemos que el Gobierno nacional ha asumido compromisos internacionales en esta materia y su incumplimiento podría acarrear la responsabilidad consecuente.

(11) Pudiendo ser analizado en conjunto y en forma separada, por ejemplo, por la ciencia política, la administración pública, el derecho, la economía, la sociología, trabajo social, psicología, ingeniería, entre otras disciplinas.

Así, mediante las políticas públicas (12) el Estado construye respuestas a las demandas de la sociedad, plasmándolas en normas, instituciones, prestaciones, bienes públicos o servicios. Ello importa tomar decisiones por parte del gobierno, previo análisis y valoración de las necesidades en juego.

En relación a lo expuesto, destacamos la conclusión a la que arriba Gregorio Badeni, al afirmar que

“Una vez instrumentados tales planes los interesados tienen derecho a exigir el cumplimiento de sus contenidos si, en función de la reglamentación pertinente, les corresponde tener acceso a una vivienda construida, siendo su sujeto pasivo el Estado. Son sus gobernantes quienes fijan las prioridades con un criterio razonable y sobre la base de las políticas estructuradas con un criterio arquitectónico... Es de esperar que, el incremento de los recursos estatales generado por aquella economía del conocimiento, la productividad y creación de nuevas fuentes de trabajo, permita en algún momento satisfacer el derecho a la vivienda digna con mayor amplitud y sin lesionar o desproteger otros derechos esenciales que condicionan la subsistencia de la vida humana” (BADENI, 2010).

Hasta aquí, nos hemos concentrado en señalar las acciones concretas que actualmente se llevan a cabo, y las que en un futuro podrían implementarse, relacionadas con el indelegable rol que corresponde al Estado en torno a la regularización dominial y debida titulación de inmuebles especialmente en aquellos sectores de la población más necesitados. Sin embargo, también debemos destacar, el papel coadyuvante que frente a ellas puede asumir el notariado de número, colaborando con el Estado.

En primer lugar, recordamos la conceptualización que de la profesión notarial hiciera el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, realizado en Buenos Aires en el año 1948, definiendo al notario como “Profesional de derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido”.

De tal modo, los notarios pueden tomar intervención en esta materia, en cumplimiento de la función que les atañe, posibilitando que, aquellos sectores menos favorecidos, puedan acceder al mentado título de propiedad.

El XXV Congreso de la Unión Internacional del Notariado realizado en Madrid en Octubre de 2007, cuyo tema II titulado “La actividad Notarial en los medios rurales y urbanos”, partió de la premisa planteada por la Organización de Naciones Unidas (ONU) en el año 2002, en su Declaración del Milenio, en la que se proponía como meta, la reducción a la mitad de los niveles mundiales de pobreza extrema para el año 2015.

En sintonía con ello, la presentación realizada por la Delegación Argentina, expresó que dos son las cuestiones concretas que se erigen como *“posibles y reales instrumentos de colaboración efectiva del Notariado Mundial con los Estados para la consecución de los objetivos propuestos: la titulación masiva y el acceso a formas de organización, que permita a los sectores sociales más empobrecidos hacer uso de sus derechos de manera colectiva, con buenas y eficaces herramientas crediticias”*. (13)

Entendemos que, la función social que compete al notario no se reduce a su intervención en los programas coordinados con instituciones oficiales, al asesoramiento, a la atención en consultorios gratuitos, o a la reducción de aranceles para personas de escasos recursos, sino que más allá de lo

(12) “Las políticas públicas son acciones con sentido que, en general, se traduce en las intenciones de los gobernantes, pero no las agota. Esto significa que la política no se define sólo por la decisión del actor gubernamental, sino que incorpora las decisiones de los demás actores, quienes al participar condicionan su orientación. El curso de acción de la política se forma por la interacción de los actores involucrados”. PAUTASSI Laura: La articulación entre políticas públicas y derechos. Disponible en <http://www.marn.gob.gt/documentos/diplomado/d01.pdf>.

(13) Publicado en Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires N° 956.

expresado, el escribano representa la confianza que la sociedad deposita en determinados profesionales del derecho, a quienes recurre como garantes de la seguridad jurídica.

Por todo lo expuesto, destacamos la solución que el notariado puede aportar, en coordinación con las políticas que implemente el Estado a fin de lograr una adecuada titulación para los sectores de la población más necesitados.

V. Políticas públicas y herramientas utilizadas en el saneamiento de la titulación en la Provincia de Buenos Aires

Las políticas públicas destinadas al saneamiento de la titulación masiva deben tener por objetivo primordial la obtención de un título suficiente (en los términos ya expresados), que permita el ingreso al mercado inmobiliario formal.

A través de ellas se contribuirá a la seguridad jurídica, en tanto quien ostente un título de propiedad no podrá ser privado de su dominio (14), integrará el inmueble a su acervo hereditario, mejorando en general su calidad de vida.

A continuación enumeraremos, analizando brevemente, las políticas públicas y herramientas más relevantes, utilizadas en materia habitacional y de saneamiento de la titulación a nivel nacional y local (Provincia de Buenos Aires) que aún continúan vigentes.

A. Estado Nacional: La Ley 21.581 (Sancionada el 26/05/1977). Creó el Régimen de Financiamiento del Fondo Nacional de la Vivienda (FONAVI), cuyos recursos fueron destinados a financiar total o parcialmente la construcción de viviendas económicas para familias de ingresos insuficientes y la ejecución de obras de infraestructura. Esta ley estableció una contribución salarial hacia el Fondo del 5% a aportar en partes iguales por empleadores y empleados, más aportes de los trabajadores autónomos (20%). Dicha ley especificó que el destino del financiamiento eran sectores de población de “*recursos insuficientes*” (definido vagamente como: “quienes no alcancen a cubrir la amortización de una vivienda económica en 30 años”).

La Ley 23.966 (Sancionada el 01/08/1991). Entre otras cuestiones, modificó el régimen de financiamiento previsto para el Fondo Nacional de la Vivienda, estableciendo una distribución automática entre los organismos ejecutores provinciales y de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires por mes calendario, debiendo proporcionar al sistema, como mínimo el equivalente a setenta y cinco millones de dólares estadounidenses, en dicho período. Para el supuesto en que las percepciones fueran inferiores a esa cantidad, el Tesoro nacional deberá hacer los anticipos necesarios para mantener dicho nivel de financiamiento, los cuales serán compensados con excedentes posteriores si los hubiere.

La Ley 24.130 (Sancionada el 02/09/1992). Ratificó el acuerdo entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Provinciales, en el cual se convino, entre otros objetivos, facilitar el acceso a la vivienda. Esta Ley suspendió a partir del 1º de septiembre de 1992, en lo que se oponga al acuerdo arribado, la estricta aplicación de la Ley 21.581 (FONAVI), estableciendo además que las jurisdicciones provinciales deberían mantener, en todos los casos, los destinos específicos de los fondos aludidos en la ley. Con relación al Fondo Nacional de la Vivienda, instituyó la responsabilidad exclusiva de los organismos ejecutores de cada jurisdicción provincial.

La Ley 24.374 (Sancionada el 07/09/1994). Estableció un sistema de *regularización dominial* en favor de ocupantes que acreditaran la posesión pública, pacífica, con causa lícita y continua durante 3 años, con anterioridad al 01/01/1992, de inmuebles urbanos que tengan como destino principal el de casa habitación única y permanente. Luego fue modificada por la Ley 26.493 (*B.O. 03/04/2009*), estableciendo que los tres años de posesión pública, pacífica y continua deben ser anteriores al 1º de enero de 2009.

(14) Principalmente podrá evitar desalojos, permitiendo a los titulares de dominio el ejercicio de todos los derechos y acciones que su derecho real pleno garantiza.

Esta Ley, instituyó un mecanismo de regularización dominial en virtud del cual, sus beneficiarios, podrían acceder a un instrumento válido y suficiente para acreditar la titularidad del derecho real de dominio del inmueble que poseían.

Es oportuno recordar aquí, que la ley, en su redacción original, se limitó a establecer que a partir de la inscripción en el Registro Inmobiliario del acta (art. 6º, inc. e) comenzaba a computarse el plazo de prescripción del art. 3999 del Cód. Civil. Sin embargo no especificó cómo, una vez que transcurriera dicho plazo, operaría la consolidación del dominio en cabeza del beneficiario de la norma.

Tal situación generó diversas interpretaciones doctrinarias, no sólo respecto del mecanismo para concretar dicha consolidación, sino también acerca de la referencia que el art. 8º de la ley hace en referencia al citado art. 3999.

Luego de varios años y diversos proyectos, el 29 de octubre de 2003 se sancionó la ley 25.797 que sustituyó el art. 8º antes mencionado, estableciendo que la inscripción registral se convertiría de pleno derecho en dominio perfecto, transcurrido el plazo de diez años contados a partir de su inscripción, dejando librado a las reglamentaciones locales la forma en que los beneficiarios obtendrían la escritura o título de dominio.

En consecuencia —descartada la vía judicial, y resultando inadecuada la vía administrativa con intervención exclusiva del Registro de la Propiedad— se recurrió (en la Provincia de Buenos Aires) al cuerpo notarial para que, conjuntamente con el órgano de aplicación del régimen, y sobre la base de un procedimiento similar al implementado oportunamente en la etapa del acogimiento, llevara a cabo la consolidación del dominio. (15)

Este procedimiento fue instaurado en el dec. prov. 181/2006. Conforme el mismo, el beneficiario debe solicitar la consolidación presentando la documentación a los notarios encargados de los Registros de Regularización dominial (delegación celebrada por convenio con la autoridad de aplicación - Subsecretaría Social de Tierras, dec. 2449/2006), éstos calificarán, examinarán los datos aportados y solicitarán informes registrales y catastrales para luego autorizar la escritura de consolidación.

Oportunamente se dictaron las disposiciones Técnico Registrales 19/2006, 6/2007 y 10/2008 que regularon el procedimiento para la calificación registral de la consolidación de dominio establecida en la ley. (16)

La Ley 24.464 (Sancionada el 08/03/1995). Creó el Sistema Federal de la Vivienda con el objeto de facilitar las condiciones necesarias para posibilitar a la población de recursos insuficientes, en forma rápida y eficiente, el acceso a una vivienda digna, de acuerdo con las previsiones del art. 14 de la Constitución Nacional. El Sistema Federal de la Vivienda se integró con: a) El Fondo Nacional de la Vivienda; b) Los organismos provinciales y de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires responsables de la aplicación de la presente ley y la administración de los recursos por ella creados; c) El Consejo Nacional de la vivienda. Estableció además la forma en que se distribuirá el Fondo Nacional de la Vivienda entre las provincias y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. El Consejo Nacional de la Vivienda se integrará por el Poder Ejecutivo, los estados provinciales que adhieran a la

(15) Sobre este tema puede consultarse también: MUÑOZ, 2010.

(16) En relación al articulado del decreto (y en lo que respecta específicamente al mecanismo para llevar a cabo la consolidación) la norma señala en su art. 1º que, vencido el plazo de diez años, será necesario cumplir dos pasos sucesivos: el primero de ellos es la extinción del derecho real de dominio del anterior propietario, y el segundo consiste en la consolidación de este derecho real de dominio a favor del beneficiario que contaba con la publicidad de un derecho personal, con la advertencia de estar afectado al régimen de la ley de fondo. Algunos autores han sostenido que la expresión “extinción automática del dominio” empleada en la disposición legal, no ha resultado la más adecuada y puede llevar a confusión, puesto que la consolidación de dominio no opera en forma instantánea, sino que requiere un trámite integrado por distintos pasos. La Disposición Técnico Registral N° 2/2011, reúne en un solo texto normativo los criterios de publicidad y registración de la materia.

presente ley y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. Los recursos del Fondo Nacional de la Vivienda serán destinados a financiar total o parcialmente la compra y/o construcción de viviendas, obras de urbanización, infraestructura, servicios y equipamiento comunitario; quedando facultados los organismos ejecutores en materia de vivienda en cada jurisdicción, para el dictado de normas, tendientes al cumplimiento del destino impuesto. Asimismo estos recursos podrán utilizarse como garantía de préstamos y/o contraparte de financiamiento siempre que se encuentren a asignados a los fines de esta ley.

Debemos destacar lo dispuesto en el art. 15 de la citada ley, puesto que las viviendas, cuya adquisición se financie a través de créditos con recursos del Fondo Nacional de la Vivienda *se deberán escriturar* dentro de los 60 días posteriores a la adjudicación de los mismos, incluyendo las hipotecas una cláusula de titularización.

El Capítulo VI de la ley dispone la Regularización dominial, mencionando que deberá regularizarse la situación de las viviendas construidas o en ejecución, al amparo de las leyes 21.581 y 24.130 y sus antecedentes respectivos. Para el cumplimiento de dichos objetivos y sólo para viviendas adjudicadas con anterioridad a la promulgación de la presente ley, los institutos provinciales de la vivienda y la Comisión Municipal de la Vivienda de la Ciudad de Buenos Aires, en sus respectivas jurisdicciones, deberán arbitrar los medios necesarios para otorgar las correspondientes escrituras traslativas de dominio con garantía hipotecaria constituidas de conformidad con el art. 3128 y concordantes del Cód. Civil y leyes que rijan la materia.

Las provincias y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, mediante acto administrativo adjudicarán las unidades de viviendas aún no escrituradas a quienes previamente *acrediten* el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Ser adjudicatario u ocupante al 30/06/1994 de la unidad de vivienda con posesión pública, pacífica y continua a esa fecha; b) Circunstancias del origen de la ocupación; c) Nivel de ingresos del grupo familiar conviviente; d) Acuerdo explícito con las condiciones que se establezcan en la reformulación del nuevo crédito.

La autoridad de aplicación respectiva establecerá un reglamento tipo de copropiedad y administración, el cual, juntamente con los planos de obra y subdivisión intervenidos por el ente jurisdiccional, serán considerados elementos suficientes para el otorgamiento del Reglamento de Copropiedad y Administración previsto en el art. 9º de la Ley 13.512. Dicho reglamento se otorgará ante la respectiva Escribanía de Gobierno (17) conforme a las disposiciones locales que regulen su funcionamiento directamente o mediante convenio.

Podrán someterse al régimen de prehorizontalidad regulado por la Ley 19.724 los grupos habitacionales y las obras complementarias y de equipamiento, respecto de las cuales no se haya dado cumplimiento a lo establecido por el art. 26 de la Ley 21.581, quedando facultados los entes jurisdiccionales respectivos para aplicar porcentuales de dominio de cada unidad.

Simultáneamente con la transferencia del dominio en favor del adjudicatario, se constituirá hipoteca en primer grado a favor de cada organismo executor Provincial y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, según corresponda. El monto de la deuda hipotecaria será el que resulte de descontar del "precio final de la vivienda" definido conforme al art. 22 de la citada ley, las sumas que hayan sido efectivamente pagadas, según las constancias obrantes en la repartición o, en su caso, las que acredite el adjudicatario, actualizados conforme a la legislación vigente.

La Ley 26.182 (Sancionada el 29/11/2006). Modificó a la Ley 24.464, a fin de establecer un cupo (fijado por el Consejo Nacional de la Vivienda), en los planes que se ejecuten con los fondos del FONAVI, destinado a personas con discapacidad o familias en las que al menos uno de sus integrantes sea una persona con discapacidad.

(17) Debe tenerse en cuenta que son los notarios de número quienes tienen competencia para realizar éstos actos. La Escribanía General de Gobierno tiene competencia para realizar todos los actos en los cuales intervenga el Estado.

La escritura traslativa de dominio de la vivienda adjudicada por este cupo deberá incluir la constitución de usufructo vitalicio a favor de la persona con discapacidad, bajo pena de nulidad.

Dec. nac. 902/2012. Crea el plan PRO.CRE.AR. Bicentenario, Programa de Crédito Argentino del Bicentenario para la Vivienda Única Familiar". (18)

Pro.Cre.Ar prevé otorgar 400 mil créditos hipotecarios para la construcción, ampliación, terminación y refacción de viviendas, como así también para adquirir aquellas que son construidas por el Programa a través de desarrollos urbanísticos. Los plazos de éstos oscilan entre 20 y 30 años, las tasas de interés son bajas, y la adjudicación se realizará por sorteo de la Lotería Nacional como garantía de confiabilidad y transparencia.

El lanzamiento de PRO.CRE.AR Bicentenario, generó una gran demanda de inmuebles desde que los favorecidos en los sorteos de ese plan de viviendas, se toparan con la especulación del sector inmobiliario, que había incrementado en porcentajes del cien por ciento o más, el valor de los terrenos.

Acompañando esta iniciativa, la Municipalidad de La Plata decidió acompañar la implementación de dicho plan en el ámbito de éste distrito. Siguiendo esa línea de acción, el Concejo Deliberante local, autorizó al Municipio a rezonificar tierras de áreas rurales (19), para permitir su loteo y posterior venta exclusivamente a beneficiarios del plan Procrear. Esta medida se fundamentó en la necesidad de satisfacer la demanda de alrededor de un millar de platenses favorecidos por el sorteo de Procrear, que no habían podido iniciar la construcción de sus casas por la falta de terrenos, debido a la suba de los precios de los mismos.

La Comuna Platense abrió un Registro de Propietarios de terrenos en zonas rurales, para inscribir a quienes acepten que sus inmuebles, ubicados en zonas como Parque Sicardi, Los Hornos, Melchor Romero, San Lorenzo, Arturo Seguí y Abasto, sean rezonificados, habilitando de esta manera la construcción de viviendas, comprometiéndose además el municipio a dotarlos de redes de servicios públicos básicos. (20) Los propietarios, a cambio, deberán vender esos terrenos a los beneficiarios del Plan Procrear a un precio que establecerá el Municipio. (21)

B. Estado Provincial. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en su Sección 1: Declaraciones, derechos y garantías, art. 36, establece que la Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. A tal fin reconoce entre los derechos sociales en el inc. 7º *A la Vivienda*. El mencionado inciso dispone que "la Provincia promoverá el acceso a la vivienda única y la constitución del asiento del hogar como bien de familia; garantizará el acceso a la propiedad de un lote de terreno apto para erigir su vivienda familiar única y de ocupación permanente, a familias radicadas o que se radiquen en el interior de la Provincia, en municipios de hasta 50.000 habitantes, sus localidades o pueblos. Una ley especial reglamentará las condiciones de ejercicio de la garantía consagrada en esta norma."

(18) Por medio de este programa, no solo se busca cumplir este objetivo, sino que se impulsa la actividad económica a través del incentivo a la construcción de viviendas, lo cual genera efectos beneficiosos sobre el conjunto de la economía, tanto en la producción, como en el trabajo y el consumo interno.

(19) Ordenanza Municipalidad La Plata N° 11094/2013.

(20) Resulta fundamental la desconcentración de los centros urbanos, dotando a dichas zonas de centros de atención para la salud, escuelas, etc.

(21) El precio fijado por el Municipio de La Plata, "deberá promediar el valor original de la tierra, el costo de los servicios y la revalorización por el cambio de indicadores urbanísticos. Se estima que con este mecanismo se lograría "crear" unos 5 mil lotes de 10 por 30 metros, aptos para el tipo de viviendas que prevé el plan Procrear. Fuentes del Concejo, en tanto, consideraron que esos terrenos tendrían un valor de venta entre \$100 mil y \$150 mil, alrededor de la mitad de los que actualmente piden algunos propietarios". Datos extraídos del artículo publicado en <http://www.eldia.com.ar/edis/20131220/Urbanizaran-terrenos-para-construir-casas-plan-Procrear-laprovincia5.htm>.

La Ley 9573. Ley Orgánica del Instituto de la Vivienda (entidad autárquica de derecho público). Sus objetivos son los siguientes: a) Ejecutar la política habitacional que, al efecto, establezca el Poder Ejecutivo en el ámbito provincial; b) Actuar dentro de la materia de su competencia como asesor del Poder Ejecutivo; c) Constituir el organismo de aplicación de la Ley Nacional 21.581 o la que la sustituya en el futuro, a través del cual se canalicen los recursos destinados al cumplimiento de los planes habitacionales en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires.

La Ley 11.663. Adhirió al Sistema Federal de Vivienda creado por Ley Nacional 24.464. Designó como autoridad de aplicación al Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires.

La Ley 13.342. Declaró de interés social la regularización dominial y escrituración de los bienes inmuebles construidos, administrados y/o financiados por el Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires (I.V.B.A.), a favor de sus adjudicatarios. Los titulares de dominio podrán ser indistintamente el Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires, la Provincia de Buenos Aires, los municipios de la Provincia de Buenos Aires, el Estado Nacional Argentino y bienes cedidos al I.V.B.A. por entidades propiciantes de los distintos emprendimientos y cuyo dominio consta a nombre de terceros.

La Ley 14.423. Eximió del pago de todos los impuestos, tasas y contribuciones provinciales existentes y a crearse en el futuro, al Fondo Fiduciario Público denominado Programa Crédito Argentino del Bicentenario para la vivienda única familiar (Pro.Cre.Ar.) creado por dec. nac. 902/2012, al Banco Hipotecario S.A., y a quienes resulten beneficiarios-adjudicatarios de los créditos otorgados en el marco del citado programa. Invitó a los Municipios de la Provincia de Buenos Aires a sancionar normas que eximan del pago de tasas en concepto de derechos de construcción a los beneficiarios de los créditos del Programa citado.

El dec. 699/2010 creó en el ámbito del Instituto de la Vivienda —dependiente del Ministerio de Infraestructura— el “Plan de Escrituración del Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires”, y aprobó la nueva reglamentación de la Ley Provincial 13.342 y su modificatoria 13.874, designando como Autoridad de Aplicación al Instituto de la Vivienda.

VI. Reflexiones finales

Sin lugar a dudas, el título de propiedad constituye un elemento esencial para lograr un ejercicio acabado y efectivo del derecho constitucional de acceso a la vivienda.

La obtención del mismo, permite al titular del inmueble, la inclusión del bien en el mercado formal, confiéndole la posibilidad de acceder a créditos en un sentido amplio de su acepción.

En efecto, el acceso al título de propiedad, acrecienta la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario, incorporando inmuebles que antes estaban excluidos del mercado formal inmobiliario, y otorga la posibilidad de obtener créditos hipotecarios y subsidios gubernamentales.

De tal modo, se contribuye a mejorar la calidad de vida de los grupos familiares, permite construir nuevos proyectos de vida y generar un progreso tanto del barrio como de las ciudades en su conjunto.

Las políticas públicas destinadas a solucionar la problemática de la falta de titulación de la vivienda, fueron creciendo en la agenda nacional y provincial, pero a pesar de ello, hoy en día, gran cantidad de personas no tienen todavía el título de sus viviendas.

Es por ello que entendemos que el notariado, en cumplimiento de la función social que a ellos corresponde, en su rol de tercero imparcial, con potestad fedataria, colabora permanentemente con el Estado, mediante la suscripción de numerosos convenios, tendientes a facilitar la obtención de los títulos de propiedad para los sectores de la población más necesitados, disminuyendo al mínimo sus honorarios profesionales, distribuyendo el trabajo oficial entre los notarios de número inscriptos voluntariamente en las nóminas organizadas por los Colegios, asesorando, realizando el seguimiento de los trámites escriturarios hasta su debida inscripción en los registros correspondientes y proporcionando confianza a las personas que a ellos recurren.

De tal modo, el Estado Nacional, Provincial y Municipal, trabajando en conjunto con los colegios de escribanos (notarios de número), contribuyen al saneamiento de la titulación inmobiliaria y/o la regularización del dominio con bajos costos y facilidades de tramitación, lo cual constituye una herramienta fundamental dentro de las políticas públicas tendientes a combatir la marginación social.

Recorriendo nuestra historia legislativa referente al tema que nos ocupa, podemos observar que las políticas aplicadas por el Estado Nacional, en un principio, financiaban la construcción de viviendas económicas para familias con ingresos insuficientes, que no tenían acceso a ella por sí mismas.

Posteriormente, el Estado Nacional suscribió convenios con las provincias y traspasó a ellas la responsabilidad del manejo de los fondos. En esta etapa, la Provincia de Buenos Aires adquirió una participación directa en el saneamiento de la titulación, a través del Instituto de la Vivienda.

A mediados de la década de los 90, el Estado Nacional advierte la necesidad de regularizar la situación dominial de aquellos inmuebles cuyos poseedores tuvieran causa lícita, sancionándose la Ley 24.374 (y su modif. Ley 25.797), e instituyendo en ella un procedimiento tendiente a solucionar la falta de título de propiedad. Éste ha sido el plan más significativo adoptado por el Estado Nacional en materia de regularización dominial, siendo Buenos Aires la provincia donde mayores resultados se han obtenidos y donde el notariado ha desempeñado un rol fundamental.

Continuando con esa línea de acción, se creó el Sistema Federal de Viviendas y el Consejo Federal de la Vivienda, en pos de lograr la regularización dominial de las viviendas construidas en el marco de las Leyes 21.581 y 24.130.

En la actualidad, la falta del título de propiedad en la provincia de Buenos Aires, podrá encontrar solución en lo dispuesto por las Leyes 24.374 ó 24.464, dependiendo del caso y circunstancias particulares, pudiendo incluso recurrirse al Plan de escrituraciones creado por Decreto Provincial N° 699/10.

Destacamos asimismo, la herramienta instaurada por el Estado Nacional a través de PRO.CRE.AR Bicentenario, que ha conseguido llegar a la clase media baja —sector no incluidos habitualmente en las políticas públicas en materia de vivienda—, mediante el financiamiento para la construcción, ampliación, terminación y refacción de viviendas, como así también para la adquisición de aquellas construidas por el Programa a través de desarrollos urbanísticos.

Finalmente no podemos dejar de mencionar que la demanda habitacional es muy grande en determinados centros urbanos del país, y que las políticas públicas en dicha materia, a pesar de encontrarse en la agenda del gobierno, no alcanzan a cubrir tal demanda. Esta situación acrecienta el mercado inmobiliario informal, contribuyendo a que los sectores de población más vulnerables, sin la adecuada asistencia del Estado, queden excluidos del mercado inmobiliario formal, acrecentando la marginación social.

Sobre la base de lo expresado, entendemos que las políticas de carácter preventivo que debe adoptar el Estado Nacional, Provincial y Municipal, en conjunto con el notariado de número; como así también la incorporación de esta temática en las líneas de investigación y en las actividades de extensión de nuestras universidades públicas; sumado al rol del sector privado, las asociaciones y organismos que defienden y luchan por la superación de las desigualdades sociales; todos ellos actuando en conjunto e interdisciplinariamente, conseguirán mitigar la problemática descrita en el presente trabajo.

VII. Bibliografía

ABELLA Adriana, 2002. “Documento Notarial”, EN: *Revista Notarial*, Buenos Aires, N° 941, 92.

ÁRRAGA PENIDO, Mario O., 1996. Lexis Nexis. Jurisprudencia Argentina. “Dominio sobre inmuebles: requisitos constitutivos”, EN: *Jurisprudencia Argentina*, II-921.

ARMELLA, Cristina N., 2007, *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*. Buenos Aires. Ad-Hoc.

BADENI, Gregorio, 2010, “Acceso a una vivienda digna”, En: Diario Judicial del 9/12/2010, 7.

CALÓ, Emanuel, 2007. “Entre realidad y utopía: el papel del notariado en la difusión de la propiedad”, En: *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires*, N° 956, 535-543.

DE ROSA, Diego Edwin y ABADIE, Diego Gustavo, 2013. “Contornos del régimen de regularización dominial de la ley 23.374 y sus modificatorias”, EN: *Revista Anales de Doctrina*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, N°42, 86.

DE SOTO, Hernando, 2000. *El Misterio del Capital. Por qué el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en el resto del mundo*. Buenos Aires: Sudamericana.

GARFINKEL DE WENDY, Lilian, 2005. “Herramientas fiscales que facilitan el acceso a la vivienda”; En: *La Ley*, Buenos Aires, 1398.

GATTARI, Carlos N., 1992, *Manual de Derecho Notarial*. Buenos Aires: Depalma.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, 2012, “Estado constitucional de derecho, políticas públicas y derecho de acceso a una vivienda digna” EN: *La Ley*, Buenos Aires, 385.

LAPLACETTE, Carlos José, 2006. “El acceso a una vivienda digna es una obligación del Estado, pero también el respeto a la propiedad”, En: *La Ley* 2006-F, 460.

MARIANI DE VIDAL, Marina, 1995, *Curso de Derechos Reales*. Buenos Aires: Zavalía.

MUÑOZ, Lorena, 2010, “Regularización Dominial: A más de una década de la Ley 24.374. Estado de la consolidación de dominio en la Provincia de Buenos Aires y una posible actualización del régimen”, En: *Revista Anales N° 38*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

PAUTASSI Laura: “La articulación entre políticas públicas y derechos”. Disponible en: <http://www.marn.gob.gt/documentos/diplomado/d01.pdf> [Fecha de consulta: 25/4/2014].

ZINNY, Mario Antonio, 1990. *El Acto Notarial (dación de fe)*. Buenos Aires: Depalma.

VIII. Otros documentos consultados

Revista “*Voces en el Fenix*” [on line] Buenos Aires, Año 1, Número 5. Disponible en: www.vocesenelfenix.com [Fecha de consulta: 26/04/2014].

Revista “*Revista del Hábitat*” [on line] La Plata Año 2013 N° 1 - Ciudad Abierta —Cátedra Libre de Hábitat Popular— UNLP. Disponible en: <http://www.habitatunlp.com.ar/> http://issuu.com/ciudadabierta/docs/ciudad_abierta_revista [Fecha de consulta: 26/04/2014].

“Urbanizaran terrenos para construir casas. Plan Procrear” *El Día*, 20/12/2013, La Provincia. <http://www.eldia.com.ar/edis/20131220/Urbanizaran-terrenos-para-construir-casas-plan-Procrear-laprovincia5.htm>. [Fecha de consulta: 26/04/2014].

IX. Legislación consultada

Ley 21.581. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 02/06/1977.

Ley 23.966. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 20/08/1991.

Ley 24.374. Boletín Oficial de la República a, Buenos Aires, 27/09/1994.

Ley 24.464. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 04/04/1995.

Ley 26.182. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 20/12/2006.

Ley 9573. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 18/08/1980.

Ley 11.663. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 12/10/1995.

Ley 13.342. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 31/05/2005.

Ley 13.874. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 28/10/2008.

Ley 14.423. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 08/01/2013.

Dec. 902. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 13/06/2012.

Dec. 699. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 01/07/2010.

Dicho sea de paso. *Obiter dicta*

POR ERNESTO E. DOMENECH (*)

Sumario: 1. El significado de “obiter dictum”. — 2. Obstáculos en el análisis de sentencias judiciales. — 3. *Obiter dictum* y afirmaciones no relevantes. — 4. El uso del *obiter dictum*: 4.1. Usos de los obiter dictums; 4.2. El impacto de los obiter; 4.3. En lo sucesivo intentaremos ejemplificar los distintos tipos de obiter inventariados y formular algunas observaciones a su respecto. — 5. Conclusiones. — 6. Bibliografía.

“La importancia de un fallo, por cierto, no depende de su extensión o atractivo teórico sino de lo que decide. No son los largos considerandos, la abundancia de citas, las arduas discusiones que ofrecen a sus lectores, en su voto, los magistrados individuales o los integrantes de un tribunal colegiado que un fallo sea importante. Lo que decide lo hace.” GORDILLO, Introducción V-18.

Resumen: Este trabajo se propone caracterizar los llamados obiter dictums, analizar los diversos tipos que se presentan en sentencias de tribunales superiores y señalar sus funciones, beneficios, riesgos y dificultades en especial en el análisis y aplicación de “doctrinas judiciales”.

Palabras claves: obiter dictum, doctrinas judiciales, jurisprudencia.

OBITER DICTUM

Abstract: This paper aims at characterizing the so-called *obiter dicta*, analyzing the various types present in judgments from higher courts and pointing out their function, benefits, risks and difficulties, especially in connection with “judicial doctrine” analysis and application.

Key words: *obiter dictum*, judicial doctrines, case law.

1. El significado de “obiter dictum”

¿De qué hablamos cuando empleamos la expresión obiter dictum? Una pesquisa sobre la etimología de la expresión, y su caracterización en fuentes de acceso rápido nos permitirá mayores precisiones y un recorrido que inicien las preguntas. He aquí una aproximación que puede leerse en Wikipedia:

“El origen de la expresión. La expresión “Obiter dictum” proviene del latín. Es una expresión que implica el significado de “obiter” y “dictum” Obiter, adv., de paso y la palabra Dictare o dictatum: dictar prescribir o dictado o prescripto. En la significación de la palabra Obiter dictum (o en plural, obiter dicta) es una expresión latina que literalmente en español significa “dicho de paso”. Hace referencia a aquellos argumentos expuestos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial que corroboran la decisión principal, pero carecen de poder vinculante, pues su naturaleza es meramente complementaria.

Estos sólo tienen una fuerza persuasiva que depende del prestigio y jerarquía del juez o tribunal del cual emana, constituyéndose como criterio auxiliar de interpretación. Para así tomar una determinación concluyente. Es el propio juez el que opina acerca de un tema en concreto, y es esta opinión la que más tarde se puede tomar como válida para el uso en un juicio, pero nunca tendrá valor de ley” (Wikipedia).

(*) Profesor Ordinario Titular de Derecho Penal I, Cátedra II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

Ahora bien distintas preguntas suscita esta caracterización: ¿Qué significa la expresión “de paso” en la lengua española? ¿Su significado puede asociarse a los decires no relevantes de una sentencia? ¿Todos los obiters dictums poseen fuerza persuasiva? ¿En qué consiste esta fuerza persuasiva: en el prestigio de quien la dice o en su jerarquía? ¿Si así fuese, qué la diferencia de las llamadas falacias de autoridad?

Según el diccionario de la RAE estos son los significados de la expresión “de paso”:

1. loc. adv. Sin permanencia fija, provisionalmente.

2. loc. adv. Aprovechando la ocasión.

3. loc. adv. Ligeramente, sin detención.

de ~ en ~.

Como se ve es una expresión ambigua que implica desde el decir “aprovechando la ocasión” hasta la levedad o ligereza de lo que se dice, pasando por su transitoriedad.

¿Son estos atributos de las expresiones no relevantes de una resolución o sentencia judicial?

Si lo fuesen... ¿Todos persuaden al lector? Y si lo persuaden ¿Por qué lo hacen... si son transitorios, aprovechando la ocasión o dichos con ligereza?

Para responder estas preguntas conviene distinguir un poco más a los obiters dictums, y luego construir un pequeño catálogo de las dificultades con que se encuentra quien desee abordar el análisis de sentencias judiciales si ha sido formado en una escuela de derecho, al menos en la signatura derecho penal.

Obiter dictum y holding. La expresión obiter dictum se discrimina del llamado holding de las sentencias.

“Holding —dice Gordillo— es aquello que específicamente resuelve y por ende las razones que se dan para ello. Dictum es todo aquello que dice a propósito del tema, o incluso lateralmente, y sin vinculación con el thema decidendum, lo cual no es entonces un precedente judicial” (Gordillo, Introducción V-33).

Alberto F. Garay pone énfasis al aludir a los obiter dicta en la generalidad de las expresiones de un fallo, pero que “no se refieren de modo especial y exclusivo a las circunstancias del caso” (GARAY, 1997: 72).

Como puede leerse los obiter de una sentencia son algo así como un decir de más, un decir no relevante para justificar la decisión que se adopta que sin duda presenta problemas porque el exceso de argumentos desorienta al lector en la búsqueda de las razones de peso (GORDILLO, Introducción, V 23) del mismo modo que la acumulación innecesaria de información hacer engordar las causas sin que por ello sean mejores, una estrategia que, sin duda, conocía la mafia italiana.

Los obiters en consecuencia se presentan como una relación entre una afirmación o un argumento y una resolución adoptada por un tribunal en un caso en virtud de la cual esa afirmación o argumento es relevante para la decisión adoptada.

De este modo un argumento que en una sentencia pueda ser considerado un obiter puede no serlo en otra.

En este sentido es ilustrativo que en la sentencia del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires en la causa en la que se ventilaba el valor de un testimonio brindado en sede policial sin presencia fiscal, se haya utilizado como argumento relevante una afirmación considerada obiter en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia vinculada con la exclusión de las actuaciones de la prevención policial en la expresión “instrucción del art. 391 del CPPN” (Causa 10.989, Reg. de Pcia. 39.038, Voto del Dr. Carral).

Delimitar cuándo un argumento es relevante o no puede ser problemático.

Muchas veces son los propios jueces los que denominan obiter a afirmaciones que realizan. Pero ¿Es este el punto de vista que debe adoptarse para considerar una afirmación o argumento como obiter?

Un magistrado puede haber empleado argumentos de modo inatingente o haber razonado con falacias muchas veces de detección difícil como son las falacias de autoridad en las que se invocan doctrinas generales de autores o fallos, sin considerar las circunstancias y pormenores del caso. ¿Serían atingentes este tipo de afirmaciones contenidas en un fallo?

Por otra parte es indispensable recordar que no existe una forma única de argumentar en una sentencia (Atienza, 1997), sino varias, y que dentro de una misma sentencia pueden encontrarse distintas formas de razonar, y aun muy variadas formas de concebir el modo como los jueces deban actuar.

Pero discernir una afirmación relevante en una sentencia de otra que no lo es implica enfrentarse con algunos obstáculos que entorpecen el análisis de las sentencias judiciales. Tener un panorama de estas dificultades ayudará a analizar con mayor profundidad esta cuestión.

2. Obstáculos en el análisis de sentencias judiciales

Los obiters dictums constituyen una categoría conceptual que surge cuando se analizan sentencias judiciales discriminando lo que se resuelve (y lo relevante para hacerlo) de lo que no lo es.

El análisis de sentencias judiciales tropieza, no obstante con ciertos obstáculos que conviene tener presente antes de abordar con más detalle los obiters dictums.

Analizar sentencias judiciales implica de alguna manera remover ciertos obstáculos que instala el modo en que los abogados aprenden el derecho, el modo en que la teoría jurídica las considera o presenta, sobre todo en Manuales o repertorios de jurisprudencia y muy en especial como en los distintos roles profesionales las invocan.

Estos obstáculos han sido descubiertos con inteligencia por el Profesor Gordillo:

“...Hay dos variantes —afirma— antiguas para analizar un fallo: a) prestar atención a la que el fallo resuelve frente a un problema determinado, o b) prestar primordial atención a los argumentos que el fallo despliega, sin tener prioritariamente en cuenta lo que resuelve o el problema frente al cual se expresa. La segunda variante es la que se usa en forma exclusiva para preparar los sumarios de las colecciones o publicaciones de fallos; es también la forma en que muchos estudiantes de derecho, abogados y profesores de derecho los leen” (GORDILLO, Introducción: V-20).

Como puede verse lo relevante en esta distinción es la prioridad que en el análisis tenga el problema y la solución que el fallo encuentra por oposición a lo que el fallo diga que se puede relacionar con la prioridad que se le asigne a los Jueces como personas encargadas de resolver el conflicto de otros, o como sujetos de un determinado discurso.

Que las especiales circunstancias del caso (el problema y la solución) no sean adecuadamente explicitadas se agrava por un modo especial de justificar las decisiones judiciales: la invocación de principios.

Muy en especial debe entonces considerarse como una verdadera dificultad en el análisis de las sentencias judiciales, el estudio de una determinada disciplina mediante principios que suelen inventariarse pulcramente, que se infieren a partir de un impreciso conjunto de normas, pero que se definen poco o se enuncian con un inusual grado de vaguedad.

Y son una dificultad no sólo porque se los pesquise en las sentencias con prescindencia de las circunstancias del caso, sino por las dificultades que resultan de invocarlos, sin más, como argumentos decisivos de lo que se decide. “Muchas veces encontraremos sentencias que dan como fundamento expreso pautas o principios generales (credos en esas decisiones) de excesiva latitud y que, por lo

tanto, abarcan supuestos demasiados genéricos o excesiva o inconvenientemente alejados de los que el caso a resolver presenta”, afirma Alberto Garay (GARAY, 1997: 66) (1) una cuestión que complicará significativamente discernir qué es lo realmente relevante en una decisión judicial.

3. *Obiter dictum* y afirmaciones no relevantes

El empleo de la expresión *obiter dictum*, necesita algún tipo de especificación de modo de poder determinar con alguna precisión mínima de qué se está hablando al abordarlos y estudiarlos.

Un problema interesante surge cuando se caracteriza los *obiter* como aquellas afirmaciones que no han sido decisivas para fundar la decisión que un tribunal adopta cuando se trata de un tribunal constituido por varios miembros.

En este sentido, las opiniones minoritarias pareciesen no relevantes para la decisión adoptada, pues han sido las mayoritarias las decisivas. Sin embargo hay que analizar el problema con detalle explorando los tipos de acuerdo y desacuerdos alcanzados por los jueces, ya que es posible que existan acuerdos en temas del todo relevantes para el resultado final en votos minoritarios, y otros que no lo sean.

O que los jueces que han resultado vencidos en una cuestión deban seguir votando y lo hagan de conformidad a lo decidido ya, por la mayoría, en cuestiones anteriores, aunque muchas sentencias no contengan un adecuado planteamiento de las cuestiones, tanto por los interrogantes que se abordan como por la secuencia en que deben ser planteados.

Es que las sentencias y las resoluciones judiciales no enfrentan una única cuestión, sino un conjunto entramado de cuestiones que suelen plantearse en orden sucesivo. El problema puede además complicarse si se advierte que en realidad puede llegar a existir un acuerdo en lo que debe ser resuelto, y un desacuerdo en las razones o los motivos por los que debe ser resuelto de ese modo. También es necesario tener presente que dos tipos de fundamentos existen en los tribunales que son colegiados. El fundamento final de la decisión es que se logró una mayoría, frente a una minoría y ésta circunstancias lo que pesa. Una suerte de lógica numérica. En cambio este tipo argumento no es el que prima para justificar la decisión que cada juez pueda adoptar.

Un modo posible de precisar este problema es considerar la relevancia o irrelevancia de una cuestión en relación a la decisión que adopta quien la enfrenta o en relación a la decisión final adoptada cuando un tribunal es colegiado. Leer con toda atención el contenido íntegro de una sentencia, incluyendo los antecedentes que llevan al pronunciamiento, es condición ineludible para considerar que una determinada afirmación constituye o no un *obiter dictum*. La mera reseña de doctrina de un fallo (muchas veces relacionadas con intereses en torno a disputas teóricas) es absolutamente insuficiente.

4. El uso del *obiter dictum*

El *obiter dictum* o el decir de paso es de uso frecuente en la práctica judicial, sobre todo por los Tribunales superiores al dictar sentencias. ¿Cómo analizar los *obiters dictums*? ¿Son todos similares? ¿Sirven para algo? ¿Qué persiguen?

Muchas son las perspectivas desde la cuales los *obiter dictums* pueden ser analizados. Una posible se relaciona con el modo como los jueces conciben los actos jurisdiccionales, desde aquellos que emplean sentencias minimalistas, austeras, con escaso apego a las digresiones o los dichos de paso, hasta la de otros que gustan de las sentencias “maximalistas” plenas de digresiones, opiniones y citas.

También se los puede explorar pensando en la ideología que se encuentra tras estas digresiones, y a las consecuencias que se siguen de ella.

La escritura de una sentencia implica en estos sentidos tanto cuestiones gestionarias (de administración de tiempo y recursos en su confección) hasta cuestiones éticas y morales. La sentencia, como

(1) Lo paradójico es el terreno que han ganado estos principios en el desarrollo teórico, en la legislación, y en el uso que de ellos se realiza en las sentencias o resoluciones judiciales, en especial en el ámbito penal.

los casos en que se dictan, se comportan como fuentes valiosas de conocimiento no sólo jurídico, sino histórico, sociológico o etnográfico, ético o político. Son vestigios, restos, que hablan no sólo de una sociedad, de una cultura o de una historia, sino también de personas e ideas. Modos de pensar y comportarse. De modo que al analizar obiter todas estas perspectivas pueden ser consideradas.

En este trabajo no abordaremos todas estas jugosas temáticas. En cambio nos detendremos en especial en identificar los propósitos con los que se incluyen obiter dictums y sus consecuencias, en especial las que podríamos denominar argumentales. Como se insinuó en las preguntas formuladas al comienzo de este trabajo.

4.1. Usos de los obiter dictums

No es sencillo determinar los propósitos de estas afirmaciones dichas al pasar y es factible que exista más de un propósito en estas digresiones, y que, como ocurre con las funciones del lenguaje, una digresión posea más de un propósito. Veamos un inventario no exhaustivo. (2)

- a. Es posible que las afirmaciones al paso se hagan por ejemplo, como un acto de erudición académica.
- b. También suele ocurrir en estas digresiones se empleen para analizar posibles argumentos destinados a desvirtuar lo decidido desde un punto de vista teórico.
- c. O que se realicen para analizar las dificultades de ejecución práctica de la decisión adoptada.
- d. O que se empleen para justificar un cambio de opinión del Tribunal, o para, eventualmente adelantar esa posibilidad.
- e. En ocasiones se emplean digresiones para advertir que la decisión hubiese sido distinta si el recurso o el procedimiento que la posibilitó hubiese sido otro.
- f. O que otro sería el resultado si la actividad de alguna de las partes lo hubiese permitido.
- g. También es posible que se desee destacar la extrema singularidad del caso que se decide.
- h. En ocasiones los jueces deslizan, a través de estas digresiones, verdaderas críticas a la legislación vigente por una muy variada gama de motivos.
- i. O salvan su opinión personal en relación al tópico planteado.
- j. También es posible que expresen puntos de vista o ideas relacionados con el tema en cuestión.
- k. En ocasiones reseñan criterios jurisprudenciales, o precedentes del mismo tribunal (u otros) y “contextualizan” la decisión que se adopta en una línea o criterio de interpretación.
- l. Hay digresiones destinadas a señalar que a la misma decisión adoptada podría haberse llegado por otros caminos.

(2) Juan Bms. VALLET DE GOYTISOLO en “El razonamiento judicial”, sostiene que “Jesús Marina Martínez-Pardo [20], en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia, ha efectuado por primera vez, que yo sepa, una cuidada labor de clasificación, con examen meticuloso de las sentencias del Tribunal Supremo, de las diferentes clases de obiter dicta utilizados, distinguiendo: los que contienen lecciones de derecho; los que son presagio de un cambio de criterio; los que sostienen una crítica de disposiciones legales; los reveladores de una ideología; los indicativos del cauce procesal adecuado; los que incluyen razonamientos que reflexionan acerca de las alegaciones referidas a los denominados supuestos de la cuestión; los constituidos por sobreabundancia de razonamientos, y los contenidos de votos particulares” Luego Vallet de Goytisoló añade “Como acabamos de ver, L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN hablan del carácter incidental o de argumentación subsidiaria de los obiter dicta, y Albaladejo de lo dicho incidentalmente o accidentalmente, o que no es de esencia para la resolución a que se llega. Creo que también constituyen obiter dicta las consideraciones ajenas al caso y las generalizaciones que exceden de la relación existente entre los hechos del caso y la decisión adoptada en la sentencia”.

m. O que existen otros argumentos no planteados por las partes que conducen al mismo resultado al que se ha arribado.

4.2. *El impacto de los obiter*

Seguramente algunos obiter dictums inventariados no poseerán significativa relevancia. Tal el caso en que el sentenciante sólo hace gala de erudición académica. En cambio si opta por relativizar de algún modo el alcance de la decisión que adopta el valor de ese obiter es indudable. Si hace especial hincapié en las peculiaridades extremas del fallo, es claro que difícilmente esa doctrina pueda ser generalizada sin una cuidadosa comparación de los matices del caso decidido.

Si emplea expresiones como “distinto hubiese sido si”, en realidad relativiza la aplicación de lo decidido como precedente respecto de esas circunstancias diversas que pueden ser el tipo de recurso decidido, o la forma como los argumentos o los agravios han sido planteados. En ciertas ocasiones los tribunales están estrechamente enmarcados en las peticiones de las partes, (considerar agravantes de pena no invocadas, o modos de ejecución de penas no previstos) en otras no pueden “empeorar” la situación de quien ha recurrido, una situación de se conoce con la expresión latina *reformatio in peius*.

4.3. *En lo sucesivo intentaremos ejemplificar los distintos tipos de obiter inventariados y formular algunas observaciones a su respecto*

4.3.1. *Obiters eruditos o académicos*

En ocasiones los magistrados hacen gala de distinto tipo de conocimientos. Muchas veces dictan verdaderas “lecciones” de derecho. Pero digresiones de esta especie merecen ser analizadas con cuidado, porque la escritura académica o “científica”, de variado nivel de erudición, posee reglas de escritura diversas a las que se deben tener en cuenta al dictar una sentencia. La escritura académica requiere de respaldos argumentales y empíricos, en general suele reconocer los límites y la precariedad de las afirmaciones que a través de ella se realizan, y tiene destinatarios y modos de diálogo, muy diversos al que caracteriza el lenguaje empleado en las sentencias, cuyo horizonte de significación está circunscrito al caso, a las partes y al debate.

Un riesgo no menor radica, en este sentido, en trasladar la “autoridad” jurisdiccional, al plano de la autoridad académica. Sin duda son afirmaciones con gran poder persuasivo, en especial si las lee un no experto como (en ciertos temas) suelen serlo los abogados o los ciudadanos de a quienes ellos representan. Las falacias de autoridad, precisamente, se caracterizan por ser razonamientos inválidos con gran poder de persuasión. Veamos algunos ejemplos.

a. *El Juez y el Historiador*

Un ejemplo de un obiter “académico” puede leerse en el fallo Casal cuando se ocupa de la relación entre el Juez y el historiador. Un tema que ha ocupado a juristas y otros científicos sociales ha sido la comparación entre los jueces y los historiadores. A ella se han aplicado historiadores como Carlo Guinzburg, y filósofos como Paul Ricoeur. En el fallo “Casal” también se encuentran referencias a estas faenas, en el voto de los doctores Zaffaroni, Maqueda y Lorenzetti:

“30) Que aunque a esta tarea no se la desarrolle siguiendo expresamente cada paso metodológico, el método para la reconstrucción de un hecho del pasado no puede ser otro que el que emplea la ciencia que se especializa en esa materia, o sea, la historia. Poco importa que los hechos del proceso penal no tengan carácter histórico desde el punto de vista de este saber, consideración que no deja de ser una elección un tanto libre de los cultores de este campo del conocimiento. En cualquier caso se trata de la indagación acerca de un hecho del pasado y el método —camino— para ello es análogo. Los metodólogos de la historia suelen dividir este camino en los siguientes cuatro pasos o capítulos que deben ser cumplidos por el investigador: la heurística, la crítica externa, la crítica interna y la síntesis. Tomando como ejemplar en esta materia el manual quizá más tradicional, que sería la Introducción al Estudio de la Historia, del profesor austríaco Wilhelm Bauer (la obra es de 1921, traducida y publi-

cada en castellano en Barcelona en 1957), vemos que por heurística entiende el conocimiento general de las fuentes, o sea, qué fuentes son admisibles para probar el hecho. Por crítica externa comprende lo referente a la autenticidad misma de las fuentes. La crítica interna la refiere a su credibilidad, o sea, a determinar si son creíbles sus contenidos. Por último, la síntesis es la conclusión de los pasos anteriores, o sea, si se verifica o no la hipótesis respecto del hecho pasado.

Es bastante claro el paralelo con la tarea que incumbe al juez en el proceso penal: hay pruebas admisibles e inadmisibles, conducentes e inconducentes, etc., y está obligado a tomar en cuenta todas las pruebas admisibles y conducentes y aun a proveer al acusado de la posibilidad de que aporte más pruebas que reúnan esas condiciones e incluso a proveerlas de oficio en su favor. La heurística procesal penal está minuciosamente reglada. A la crítica externa está obligado no sólo por las reglas del método, sino incluso porque las conclusiones acerca de la inautenticidad con frecuencia configuran conductas típicas penalmente conminadas. La crítica interna se impone para alcanzar la síntesis, la comparación entre las diferentes pruebas, la evaluación de las condiciones de cada proveedor de prueba respecto de su posibilidad de conocer, su interés en la causa, su compromiso con el acusado o el ofendido, etc. La síntesis ofrece al historiador un campo más amplio que al juez, porque el primero puede admitir diversas hipótesis, o sea, que la asignación de valor a una u otra puede en ocasiones ser opinable o poco asertiva. En el caso del juez penal, cuando se producen estas situaciones, debe aplicar a las conclusiones o síntesis el beneficio de la duda. El juez penal, por ende, en función de la regla de la sana crítica funcionando en armonía con otros dispositivos del propio código procesal y de las garantías procesales y penales establecidas en la Constitución, dispone de menor libertad para la aplicación del método histórico en la reconstrucción del hecho pasado, pero no por ello deja de aplicar ese método, sino que lo hace condicionado por la precisión de las reglas impuesta normativamente”.

¿Cuál es el propósito de esta digresión? ¿Es meramente académica? ¿Da una lección de epistemología de la historia y de la actuación judicial? Esta digresión, si bien posee significativas marcas académicas apunta a poner en evidencia el modo como opera un juez en un proceso penal de modo de poder evidenciar cómo controlar su desempeño. De algún modo justifica que, desde el punto de vista de la racionalidad no pragmática es posible llevar adelante operaciones de control de los fallos que se recurrentes. Es decir intenta demostrar que este control es técnicamente posible. Sin embargo fuera de este cotejo muchas son las diferencias que atraviesan las faenas de los jueces y los historiadores, pese a que para autores como Ricoeur la impronta de la imparcialidad de una clave común a ambas tareas.

Los jueces, de alguna manera, deciden de una vez y para siempre el caso que se les ha planteado y si por alguna razón ese caso se revisa por otros tribunales ya no será el juez que lo decidió en la primer instancia el que deba resolverlo, sino otros jueces que no tengan comprometida su opinión, en el lenguaje de los juristas que sean hábiles para hacerlo.

Los historiadores (fuera quizás de lo que se podría denominar la historia oral) no pueden interrogar directamente a quienes han producido sus fuentes. (3) Los autores de las fuentes escritas que consultan no comparecen ante el escritorio del historiador para que éste le formule preguntas, para que se interiorice en los intereses que esas fuentes puedan haber tenido, o tengan en el tema en cuestión, o para que le pregunten “partes” interesadas en la reconstrucción histórica, o para que justifiquen, “den razón” de lo que han dicho. Tampoco se encuentra el historiador con “alegatos” de partes que cuestionen o interpreten esas fuentes.

Por otra parte la actividad de producción e interpretación de los pruebas judiciales suele estar minuciosamente reglada y estas reglas que se formulan en lenguajes naturales hace que el Juez deba, al aplicarlas, interpretarlas, señalando su validez constitucional y su alcance.

(3) Lo que tampoco pueden hacer los jueces de tribunales de apelación, cuando no se les ofrece prueba en esa instancia.

b. Una lección de la historia de la casación y del derecho procesal argentino

Como expuse algunos iboter dictums importan verdaderas “lecciones de derecho”, que, en el ejemplo que daré, permiten “contextualizar histórica y políticamente” el problema que se aborda. Aludo a la historia del recurso de casación y a los cambios y características de la legislación procesal penal argentina.

8°) Que nuestros códigos procesales penales contemplan el recurso de casación, introducido a partir del código de Córdoba de 1940. La casación entró a nuestra legislación procesal como cuña de extraña madera en el orden jurídico, pues su objetivo proclamado en su versión originaria —el mencionado objeto político— es poco compatible con la estructura y funciones que la Constitución Nacional asigna al Poder Judicial Argentino.

9°) Que la casación europea en su versión originaria —tradicional o clásica— surgió como resultado del control político que en tiempos de la Revolución los legisladores franceses quisieron ejercer sobre sus jueces, de los que —con sobrada razón— desconfiaban. Los viejos y degradados tribunales del antiguo régimen —llamados parlamentos— fueron reemplazados, y se consideró que era menester cuidar que los nuevos no cayesen en análogos o peores vicios. Con ese objeto se creó un tribunal extrajudicial, junto al Legislativo, encargado de romper las sentencias en que los jueces, por vía de interpretación (función que se consideraba usurpadora del poder político), se apartasen del sentido literal de las leyes. La prohibición de la interpretación (o, como máximo, la admisión del solo método de interpretación gramatical) y la casación, son paralelos y necesariamente complementarios. Con el correr de los años y el advenimiento del Imperio, se montó un poder judicial altamente burocratizado y jerarquizado, organizado en forma piramidal, del que no cabía esperar que se separase de las leyes pues había sido entrenado en su estricta y repetitiva aplicación (escuela exegetica). En esas circunstancias carecía de sentido mantener un tribunal extrajudicial para controlar la pirámide entrenada en aplicar la ley a la letra, de modo no contradictorio, siempre igual, y, por ende, se consideró llegada la hora de ubicar a este tribunal dentro del propio mecanismo judicial, como su cabeza. El tribunal vigilador de jueces, que el poder político (Parlamento, Emperador) había usado al margen del judicial, pasaba a ser cabeza de éste, siempre en una estructura verticalmente organizada y jerárquica, es decir, corporativa. El tribunal de casación dejó de vigilar a los jueces para pasar a mandarlos. De ese modo se garantizaba —por lo menos teóricamente— el estricto y celoso cumplimiento de la voluntad política expresada en la ley.

10) Que concebida de este modo —y también para no sobrecargar de trabajo al tribunal cupular—, la casación fue la instancia que no entendía de hechos, sino sólo de la interpretación de la ley, para que ésta no se distorsionase en su aplicación, con el objetivo político de garantizar la voluntad del legislador y reducir al juez a la boca de la ley. La cúpula jerárquica que coronaba la estructura judicial corporativa rompía las sentencias que se apartaban de esa voluntad política expresada en la letra de la ley. El modelo se extendió rápidamente por Europa y se mantuvo casi invariable hasta la finalización de la segunda guerra mundial.

11) Que este modelo de organización judicial no tiene nada en común con el nuestro. Alberdi y los constituyentes de 1853 optaron por el modelo norteamericano, originariamente opuesto por completo al europeo, su antípoda institucional. Los constituyentes norteamericanos, al proyectar el modelo que luego tomaría la Constitución Nacional, no desconfiaban de los jueces, sino del poder central —federal— que creaban. Temían generar un monstruo que lesionase o suprimiese el principio federal. Los derechos consagrados en la Constitución de los Estados Unidos, en su origen, no limitaban las leyes de los estados, sino sólo las leyes federales. Los norteamericanos se independizaban de la Corona, pero no querían instituir un poder central —federal— que en definitiva viniese a ejercer un poder arbitrario análogo. Por ello, dieron a todos los jueces la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes y, en última instancia, a su Corte Suprema. El Poder Judicial norteamericano no era jerarquizado ni corporativo, sino horizontal, con el control difuso de constitucionalidad; el único elemento de verticalidad fue el *stare decisis*. En lugar de encargar a los legisladores el control de los jueces —como los franceses—, los norteamericanos pusieron a los jueces a controlar a los legisladores.

12) Que se trata, pues, de dos modelos diferentes: nuestro recurso extraordinario responde al modelo de los jueces controladores de la legislación; el recurso de casación proviene del modelo de legisladores controladores de las sentencias. Originariamente, la casación fue un típico recurso propio de un Estado legal de derecho; el recurso extraordinario lo es, de un Estado constitucional de derecho.

13) Que el llamado objetivo político del recurso de casación, sólo en muy limitada medida es compatible con nuestro sistema, pues en forma plena es irrealizable en el paradigma constitucional vigente, dado que no se admite un tribunal federal que unifique la interpretación de las leyes de derecho común y, por ende, hace inevitable la disparidad interpretativa en extensa medida. La más fuerte y fundamental preocupación que revela el texto de nuestra Constitución Nacional es la de cuidar que por sobre la ley ordinaria conserve siempre su imperio la ley constitucional. Sólo secundariamente debe admitirse la unificación interpretativa, en la medida en que la racionalidad republicana haga intolerable la arbitrariedad de lesiones muy groseras a la igualdad o a la corrección de interpretaciones carentes de fundamento. Pero resulta claro que no es lo que movió centralmente a los constituyentes a la hora de diagramar el sistema judicial argentino.

14) Que desde 1853 —y pese a las múltiples ocasiones en que se lo ha desvirtuado o desviado— nos rige el mandato de hacer de la República Argentina un Estado constitucional de derecho. Nunca en su sistema se puede concebir un recurso que tienda a quebrar las sentencias de los jueces para imponer una única voluntad interpretativa de la ley, con el afán de no desvirtuar la voluntad política del legislador ordinario. Por el contrario, nuestro sistema conoce desde siempre el recurso que permite a los ciudadanos impetrar de sus jueces la supremacía de la Constitución sobre la voluntad coyuntural del legislador ordinario que se hubiese apartado del encuadre de ésta. En consecuencia, la perspectiva constitucional argentina es, estructuralmente, refractaria al llamado recurso de casación en su limitada versión tradicional u originaria.

15) Que el proceso penal que en la legislación comparada y a partir del modelo napoleónico acompañó a los estados legales de derecho europeos y a sus sistemas judiciales corporativos y verticalmente organizados, es el llamado mixto, o sea, el que comienza con una etapa policial e inquisitoria, a cargo de un juez que se pone al frente de la policía de investigación criminal. El plenario acusatorio es público, pero las pruebas del sumario inquisitorio siempre pesan. El viejo modelo del proceso penal napoleónico se extendió por Europa, junto con el modelo judicial vertical y la casación, siendo inseparable de ésta en materia penal.

Por el contrario, el proceso penal de un sistema judicial horizontalmente organizado no puede ser otro que el acusatorio, público, porque de alguna forma es necesario compensar los inconvenientes de la disparidad interpretativa y valorativa de las sentencias. De allí que nuestra Constitución previera como meta el juicio criminal por jurados, necesariamente oral y, por ende, público.

Posiblemente sea necesaria —aquí sí— una interpretación progresiva para precisar el sentido actual de la meta propuesta por la Constitución. Habría que determinar si el jurado que ese texto coloca como meta es actualmente el mismo que tuvieron en miras los constituyentes, conforme a los modelos de su época, o si debe ser redefinido según modelos actuales diferentes de participación popular. Pero cualquiera sea el resultado de esta interpretación, lo cierto es que, desde 1853 la Constitución reitera en su texto la exigencia de la publicidad del proceso penal al recalcar la necesidad de establecer el juicio por jurados, como una de las más idóneas para lograr la publicidad. La circunstancia de que el deber ser no haya llegado a ser por la vía legislativa no puede ocultar que la Constitución optó por un proceso penal abiertamente acusatorio, al que tiende la lenta progresión de la legislación argentina a lo largo de un siglo y medio.

16) Que la casación penal llegó a la Argentina acompañando el modelo procesal penal europeo, considerado en su momento —con toda justicia— como un notorio avance legislativo, lo que no es comprensible si se prescinde de la perspectiva histórica en que se produjo este hecho. La contradicción se explica porque nuestros legisladores del siglo XIX desecharon los proyectos de juicio por jurados y partieron del proceso penal español en el momento más inquisitorio de su historia contempo-

ránea. El procedimiento que se estableció en el ámbito nacional fue escrito, con amplia vigencia del secreto; la instrucción, extremadamente inquisitoria, larga y farragosa; el juez investigador, dotado de enormes poderes. Tal fue el modelo procesal con que Obarrio debió llenar urgentemente un vacío que se hacía insostenible. La república —por vía de sanciones provinciales y del propio Congreso Nacional para la Ciudad de Buenos Aires— se regía por un código penal basado en la mejor tradición liberal europea, la sanción del primer código penal nacional no alteró esa tradición inaugurada por Carlos Tejedor, inspirado en Johann Paul Anselm von Feuerbach y el código de Baviera de 1813. Obarrio era un penalista liberal profundamente inspirado en Francesco Carrara, pero su obra legislativa procesal era requerida porque la República necesitaba códigos con urgencia y no había tiempo de modificar la pesada estructura judicial del momento. Por ende, se trataba de un texto eminentemente provisorio, pero que perduró más de un siglo y, además, fue imitado por todas las provincias. La bocanada liberal de Tomás Jofré con los códigos de San Luis primero y de la Provincia de Buenos Aires más tarde, se vio rápidamente neutralizada con la delegación de la actividad instructoria directamente en la policía dependiente del Poder Ejecutivo.

17) Que nuestra legislación procesal penal, durante más de un siglo, se apartó de las líneas que le trazara la Constitución. Incluso, ni siquiera respetó el modelo europeo o francés napoleónico, pues eligió una variante mucho más inquisitoria y mucho menos pública. Lo que no fue más que el producto de la urgencia por codificar el derecho penal y procesal penal después de tres cuartos de siglo de vida independiente, mantuvo vigencia cuando el país había alcanzado el desarrollo cultural y social que superaba los estrechos márgenes de los legisladores de las últimas décadas del siglo XIX. De este modo perduró un siglo un código procesal inspirado en la restauración borbónica.

Durante buena parte del siglo pasado —y en lo federal, hasta fines de ese siglo— no tuvimos el proceso penal propio del sistema de poder judicial horizontalmente organizado con control de constitucionalidad (estado constitucional de derecho). Es más, ni siquiera tuvimos el que era corriente en los poderes judiciales corporativos sin control de constitucionalidad (estados legales de derecho), sino el producto de una coyuntura histórica española mucho más inquisitoria y derogada en su propio país de origen. No necesitábamos la casación, porque en el procedimiento escrito se imponía la apelación, en que el tribunal plural revisaba todo lo resuelto por el juez unipersonal. La unificación interpretativa era ocasional y se llevaba a cabo por medio de la inaplicabilidad de ley y los plenarios.

18) Que sin duda, frente a un proceso penal tan abiertamente inconstitucional y que llevaba más de medio siglo de vigencia, el código de Córdoba de 1940 representó un avance notorio. Trajo el código italiano, pero justo es reconocer que ese modelo, que perfeccionaba el napoleónico con mejor técnica jurídica, aunque proviniese de la obra jurídica del fascismo —valga la paradoja— y fuese propio de un Estado legal de derecho —toda vez que no se podía considerar al Estatuto Albertino una Constitución en sentido moderno—, se acercaba mucho más a la Constitución Nacional que el modelo inquisitorio escrito entonces vigente. Dicho código incorporaba el plenario oral, es decir, cumplía el requisito de publicidad en mucha mayor medida que el procedimiento escrito; obligaba a que un tribunal integrado por tres jueces cumpliera con el requisito de inmediación; dificultaba o impedía directamente la delegación del ejercicio real de la jurisdicción y, si bien mantenía la figura inquisitoria del juez instructor, atenuaba en alguna medida sus poderes. Con este texto viajó desde Europa el recurso de casación como inseparable acompañante, para evitar las disparidades interpretativas de la ley entre los tribunales orales de una misma provincia.

19) Que se entendió en ese momento que la doble instancia no era necesaria, por ser costosa y poco compatible con la inmediación del plenario oral. Como lo señala el mismo presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su voto particular en la sentencia del caso “Herrera Ulloa c. Costa Rica”, Serie C N° 107 Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 2 de julio de 2004 (párr. 35), se entendió que la doble instancia se compensaba con la integración plural del tribunal sentenciador y éste fue el criterio dominante en los textos que siguen el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. De allí que se importase una casación limitada a las cuestiones de derecho y así la

entendió buena parte de nuestra doctrina. Pero este razonamiento —al menos en el caso argentino— pasa por alto que si bien la introducción de un modelo procesal menos incompatible con la Constitución Nacional es, ciertamente, mucho mejor que el sostenimiento de otro absolutamente incompatible con ella, no por ello configura todavía el que desde 1853 requiere nuestra Ley Fundamental y que, además, debe hoy cumplir con el requisito constitucional del derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior del art. 8º.2. apart. h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del concordante art. 14.5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

Toda esta digresión en modo alguno se relaciona argumentalmente con la decisión que adopta la Corte, a excepción del último párrafo transcrito en el que se alude a un singular problema derivado de la incorporación con jerarquía constitucional de Tratados Internacionales que aseguran la doble instancia.

Los magistrados votantes en este caso, dan una lección de derecho, o mejor dicho de historia del derecho procesal, en el que incluso opinan sobre la “abierta inconstitucionalidad” de ciertos sistemas procesales que no han sido modificados en todas las jurisdicciones provinciales. (4)

Se trata de una clara y amena lección de derecho, escrita de un modo “académico”, pero sin las formas de la escritura académica. Es decir sin alusión a fuentes de información, o a disputas en la interpretación histórica. Sin títulos, ni subtítulos, ni notas al pie de página.

Es una digresión que da “lecciones de derecho” desde la autoridad jurisdiccional, con el riesgo que esta confusión de autoridades puede importar, porque las reglas de validación de una opinión o una afirmación no son las mismas en una y otra actividad.

4.3.2. *Los obiter y la contextualización de una nueva doctrina*

Muchas veces los obiter dictums sitúan en contexto la doctrina que se dicta. Ese contexto es en ocasiones “ideológico”, referido a los modos de interpretar un texto legal. En otras ocasiones se trata del contexto social del pronunciamiento.

a. Obiter de corte “ideológico”. En el fallo Casal de la CSJN tenemos un ejemplo de este tipo de obiter en el que se sitúa o contextualiza la doctrina que sienta el Tribunal dentro de modelos de interpretación de la ley. He aquí el considerando 7 del voto de los Dres. Zaffaroni, Lorenzetti y Maqueda:

“7º) Que nuestra tradición jurisprudencial en materia procesal penal no responde a lo que se suele denominar interpretación progresiva en sentido estricto. En general, no fue la jurisprudencia la que avanzó sobre las leyes procesales, sino que éstas fueron progresando y la jurisprudencia acompañó ese avance. Más bien puede afirmarse que se operó un acompañamiento jurisprudencial a una legislación lentamente progresiva.

La Constitución Nacional estableció como objetivo legal un proceso penal acusatorio y con participación popular. La legislación nacional no se adecuó a este objetivo, pero la perspectiva histórica muestra una progresión hacia la meta señalada, posibilitada por el subjuntivo empleado en el originario art. 102 y actual 118 constitucional. La jurisprudencia constitucional fue acompañando este progreso histórico, sin apresurarlo. Es decir que en ningún momento declaró la inconstitucionalidad de las leyes que establecieron procedimientos que no se compaginaban con la meta constitucional, lo que pone de manifiesto la voluntad judicial de dejar al legislador la valoración de la oportunidad y de las circunstancias para cumplir con los pasos progresivos. Justo es reconocer que esta progresión legislativa se va cumpliendo con lentitud a veces exasperante, pero respetada por los tribunales.

En este contexto de legislación progresiva con respeto judicial por los tiempos legislativos, se inserta la introducción y la interpretación del alcance del recurso de casación en materia penal”.

(4) La Provincia de Santa Fe, aún mantiene tanto el proceso escrito como la figura del juez investigador.

Arial como puede leerse en el último párrafo transcripto el propósito de las afirmaciones transcritas no se relacionan con la doctrina sentada, sino que intentan situar el criterio adoptado como el de una “interpretación progresiva”.

Claro que algunas de las afirmaciones de este considerando puede merecer reparos, porque muchas veces ha sido la Corte la que ha inspirado recursos o acciones como el amparo o el hábeas corpus que protegen muy importantes garantías constitucionales, pero no figurasen explícitamente en la letra constitucional.

b. Otros obiter en cambio reseñan el contexto social en el que se dicta un fallo. Leamos el siguiente tomado del fallo Arriola que describe de un modo tan claro como crudo el problema de la droga en el país:

“15) Que así la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) indica en el informe correspondiente al 2007 que la Argentina ha cobrado importancia como país de tránsito, y que también hay indicios de producción local de cocaína. Allí se agrega que nuestro país lidera el ranking latinoamericano en “estudiantes secundarios” que consumen pasta base de cocaína conocida como “paco”. También el consumo de paco ubica a la Argentina, Chile y Bolivia como los países con más injerencia en la región y en el mundo [2007 World Drug Report. Naciones Unidas. Oficina de Drogas y Delito]. En el informe del año 2006 del mismo organismo se ha señalado que además de los tres grandes productores sudamericanos, en nuestro país se ha detectado cierta fabricación de productos derivados de la cocaína, y que se transformó en un importante lugar de tránsito de estupefacientes de la región andina hacia Europa (pág. 91); y que pese a la información oficial de cierto descenso del consumo de cocaína, el organismo internacional consideró que tal información obedecía a diferencias metodológicas para medir la estadística. Allí también se incluyó a la Argentina entre los países donde ha proliferado el éxtasis (pág. 129). En cuanto a las elevadas incautaciones de marihuana, el informe señala que no se compadecen con los niveles de consumo denunciados (pág. 164) [2006 World Drug Report. Naciones Unidas. Oficina de Drogas y Delito]. En el mismo sentido se observa el informe correspondiente al año 2008, que da cuenta de un aumento del consumo de opio en el país (pág. 60); mayor importación de precursores (pág. 68); aumento de secuestro de cocaína han sido reportados por Bolivia, Chile, Uruguay y en menor medida por Argentina y Paraguay, lo que sugiere que el tráfico vía el cono sur ha aumentado (pág. 73); Argentina ocupa el séptimo lugar de los países americanos de donde proviene droga incautada en Europa (pág. 77). El país ocupa el segundo lugar de Sudamérica en consumo de cocaína (págs. 88 y 275); aumentó el secuestro de resina de marihuana (pág. 103), así como su consumo (pág. 114). El país está entre los primeros puestos del ranking sudamericano en consumo de estimulantes (pág. 136) y de éxtasis (pág. 165). El informe del año 2004 también señala que en el país se ha elevado el consumo de opiáceos (pág. 103), y que se ha detectado capacidad de producción de cocaína (pág. 116); y que el uso indebido de cocaína era superior al nivel medio de las estadísticas (pág. 123). También se pone de relieve que el país denunció un aumento continuo del uso indebido de cannabis en los años 2000, 2001 y 2002, el informe pone de relieve que el uso indebido de tal estupefaciente era superior al de Brasil. Allí también se refiere que en contraste con las tendencias globales de América del Norte, en el 2002 hubo en el país un aumento del uso indebido de anfetaminas (pág. 203) [2004 World Drug Report. Naciones Unidas. Oficina de Drogas y Delito]. Por su parte el reporte de 2002 ya señalaba el aumento del uso de opio en el país, y que el porcentaje de población que usa cocaína está entre los más elevados de Sudamérica, aunque su tendencia se estabiliza así como el de las anfetaminas, aunque verifica un aumento en el uso de éxtasis (págs. 247 y 269) [2002 World Drug Report. Naciones Unidas. Oficina de Drogas y Delito]. En el reporte del año 2001 también se señala el aumento del uso de la heroína y el elevado porcentaje de consumo de cocaína respecto de los otros países sudamericanos (págs. 241, 247 y 269) [2001 World Drug Report. Naciones Unidas. Oficina de Drogas y Delito]. Esta tendencia que informa las Naciones Unidas también es confirmada por estadísticas nacionales oficiales. Así en la Segunda Encuesta Nacional a Estudiantes de Enseñanza Media 2005, se ha realizado un análisis comparativo 2001-2005, cuyas conclusiones señalan que el consumo de psicofármacos sin prescripción médica y de solventes e inhalantes se ha incrementado. Puntualmente, el incremento en el consumo de tranquilizantes sin prescripción médica es del 6.1% y de estimulantes creció un 44.4%. El

incremento mayor se observa en solventes e inhalables, con el 380%, explicado por un fuerte aumento tanto en varones como en mujeres. Dentro de las drogas ilícitas, la de mayor incremento en el consumo es la pasta base, con un aumento del 200%, explicado fundamentalmente por el mayor —16— consumo de las mujeres; le sigue la cocaína, con un 120%, donde la diferencia entre sexos es menor, y por último la marihuana, con el aumento del 67.6%, explicado por el incremento del 100% en las mujeres frente al 50% de los varones (Segunda Encuesta Nacional a Estudiantes de Enseñanza Media 2005, Informe Final de Resultados Área de Investigaciones, Enero 2006, SEDRONAR, Presidencia de la Nación). A similares conclusiones arriba el informe del Observatorio Interamericano sobre Drogas en el 2006. Allí se expone el importante incremento de consumo de drogas ilícitas en nuestro país, así como su liderazgo respecto de otros países de Latinoamérica en el consumo de diferentes estupefacientes, especialmente entre la juventud (Primer Estudio Comparativo sobre Uso de Drogas en Población Escolar Secundaria de la Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay).

¿Necesitaba la CSJN describir la situación de la droga en el país como condición argumental de la decisión que adoptaba? En principio no. Porque el mayor centro de interés de este fallo radica en afirmar que la tenencia de estupefacientes para consumo es una acción privada de los hombres no puede ser castigada penalmente por imperio del art. 19 de la CN.

Sin embargo este obiter está relacionado con: por un lado descalificar argumentos capaces de sostener en forma pragmática la utilidad de castigar penalmente esta tenencia, y por otro con la clara conciencia de la CSJN sobre el contexto en que dicta su decisión.

Constituye sin embargo un alerta sobre el significado de los contextos sociales de las decisiones de la Corte. ¿Cambiaría la Corte de criterio si este cuadro de situación variase? No es posible saberlo.

En ocasiones la alusión al contexto social se perciben en obiters que se hacen cargo de la eventual repercusión social del caso, lo que suscita derivaciones y exhortaciones de tipo político. El caso Arriola lo demuestra:

27) Que la decisión que hoy toma este Tribunal, en modo alguno implica “legalizar la droga”. No está demás aclarar ello expresamente, pues este pronunciamiento, tendrá seguramente repercusión social, por ello debe informar a través de un lenguaje democrático, que pueda ser entendido por todos los habitantes y en el caso por los jóvenes, que son en muchos casos protagonistas de los problemas vinculados con las drogas (ORDOÑEZ-SOLÍS, David, “Los Jueces Europeos en una Sociedad Global: Poder, Lenguaje y Argumentación”, en *European Journal of Legal Studies*, vol. I EJLS, n° 2).

28) Que, frente a la decisión que hoy toma este Tribunal se debe subrayar el compromiso ineludible que deben asumir todas las instituciones para combatir al narcotráfico. A nivel penal, los compromisos internacionales obligan a la Argentina a limitar exclusivamente la producción, fabricación, exportación, importación, distribución, y comercio de los estupefacientes, a fines médicos y científicos. Asimismo a asegurar, en el plano nacional, una coordinación de la acción preventiva y represiva contra el tráfico ilícito, adoptando las medidas necesarias, para que el cultivo, la producción, fabricación, extracción, preparación, oferta de venta, distribución, despacho, expedición de tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, sean consideradas como delitos que se cometen intencionalmente, y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión y otras penas privativas de la libertad (art. 36 de la Convención). La circunstancia de que los precursores químicos necesarios para la fabricación de drogas son productos en los que, de alguna manera, nuestro país participa en su cadena de producción, hace necesario que ello sea tenido en cuenta en la implementación de políticas criminales para la lucha contra este flagelo internacional”.

Como puede advertirse lo que una decisión no implica seguramente no es relevante para la decisión que se adopta, pero suscita un registro en torno a las repercusiones de la decisión, a la forma de comunicarla, a la forma de aceptarla, y a una toma de postura sobre políticas criminales en la materia. Hay oportunidades en que el registro del contexto social de una decisión incide de otra manera en la decisión que se adopta, de un modo mucho más explícito. Veamos un ejemplo de un voto del Tribunal de Casación bonaerense:

“En este escenario la sociedad necesita de un sentimiento de reparación y, a la vez, de protección, que de otra forma sería imposible concretar, pues ante lo que se quiere probar y no se puede, el o los imputados podrían eludir las consecuencias penales de sus actos mediante una absolución por la duda”. (Voto del Dr. Kohan en la causa 54.775 “Pereyra, Ricardo s/ recurso interpuesto por Agente Fiscal”).

En este caso el Juez se coloca en algo así como un vocero, o mandatario de la sociedad, y no como tercero entre partes, una de las cuales, la sociedad, posee ya un representante en el Ministerio Fiscal. Interpreta el sentir social y sus necesidades, y extrae una conclusión evitar la invocación de la duda ante lo que se quiere probar y no se puede de modo de evitar la impunidad.

El argumento, franco, pero cuestionable porque da por sentado que un hecho y, la existencia de un autor se ha probado., que es precisamente lo que se debe hacer.

Más allá de la argumentación da cuenta acabada del peso del “sentir social” sobre los jueces, aun a costa de sus roles, porque ¿están los jueces destinados a encontrar culpables a toda costa?

4.3.3. *Obiters vinculados con la racionalidad pragmática*

Existen digresiones que se relacionan con la racionalidad pragmática de la decisión que se adopta. Es decir con el análisis de la viabilidad empírica, de la posibilidad concreta de llevarla adelante. Sobre todo cuando pueden existir argumentos descalificadores de la decisión adoptada fundados en es irracionalidad. Es decir, en el caso, de poder controlar, en una segunda instancia los “hechos” o la prueba de los hechos, cuando se sentencias basadas en juicios orales se trata. He aquí el texto del fallo:

“25) Que se plantea como objeción, que esta revisión es incompatible con el juicio oral, por parte del sector doctrinario que magnifica lo que es puro producto de la inmediación. Si bien esto sólo puede establecerse en cada caso, lo cierto es que, en general, no es mucho lo que presenta la característica de conocimiento exclusivamente proveniente de la inmediación. Por regla, buena parte de la prueba se halla en la propia causa registrada por escrito, sea documental o pericial. La principal cuestión, generalmente, queda limitada a los testigos. De cualquier manera es controlable por actas lo que éstos deponen. Lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios; no sería admisible, por ejemplo, que el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que le cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición social, de su vestimenta, etc.

En modo alguno existe una incompatibilidad entre el juicio oral y la revisión amplia en casación. Ambos son compatibles en la medida en que no se quiera magnificar el producto de la inmediación, es decir, en la medida en que se realiza el máximo de esfuerzo revisor, o sea, en que se agote la revisión de lo que de hecho sea posible revisar. Rige a su respecto un principio general del derecho: la exigibilidad tiene por límite la posibilidad o, dicho de manera más clásica, *impossibillum nulla obligatio est*. No se les exige a los jueces de casación que revisen lo que no pueden conocer, sino que revisen todo lo que puedan conocer, o sea, que su esfuerzo de revisión agote su capacidad revisora en el caso concreto”.

Esta digresión plantea un interesante conjunto de cuestiones. Exhibe, por ejemplo, una creencia en el valor de las actas de los juicios en relación a la prueba del registro de los testimonios en un juicio, aunque las actas no constituyen el único modo de registro de testimonios, pues también se graban y se filman. Sin duda en los juicios penales, tal como se los reglamenta, las actas pueden presentar diversos matices. En ocasiones ciertos testimonios (los de los testigos muertos, por ejemplo) se incorporan por lectura al debate. Y en este caso las actas, aunque muchas veces no exhiben el transcurso del diálogo testimonial —se suelen soslayar las preguntas, y los lenguajes no verbales (5)—, pueden contener registros más o menos minuciosos de las manifestaciones de un testigo. Pero también sue-

(5) No se consignan, por ejemplo, los gestos del testigo y de quienes lo interrogan o escuchan, o sus miradas, o sus reacciones, físicas o no.

len importar verdaderas “traducciones” de las manifestaciones del testigo al lenguaje institucional que las registra. Las actas del debate oral, en cambio, presentan otras dificultades, porque muchas veces se deja constancia en ellas a peticiones de las partes (y aun de los jueces) de fragmentos de las manifestaciones de un testigo. No son ya “traducciones” sino verdaderos “recortes” de sus dichos, de modo que su idoneidad como registro del testimonio es relativo.

Esta digresión del voto, implica, para los secretarios y aun para el tribunal, la importancia de un registro cuidadoso de su contenido de modo de posibilitar su contralor en otras instancias. E implica más pues el voto avanza sobre las “impresiones personales” del juzgador en la valoración del testimonio, en la medida en que descalifica algunas de ellas, y al ponderar otras pide una clara enunciación por parte del Juzgador, como condición de su validez. En este aspecto “emite anticipadamente” opinión sobre las mismas, aunque esa opinión no constituya una doctrina de la Corte en la decisión. Plantea, además, otro tema de interés: ¿Puede un acta registrar aquellas situaciones que darían pie a impresiones personales del juzgador?

En síntesis este obiter dictum es útil como indicador de los modos de construir una sentencia, al reflexionar sobre la valoración de la prueba testimonial y su registración.

4.3.4. *Obiters que limitan el alcance de la doctrina*

a. Límites derivados de las reglas aplicables

En ocasiones existen afirmaciones no relacionadas con la doctrina que el fallo adopta en la decisión, pero que limitan o circunscriben su alcance como precedente para casos futuros. Los motivos de estas limitaciones son variados. Algunos ponen énfasis en las reglas que se habrán de aplicar, otros, en cambio en las peculiares circunstancias del caso. Un ejemplo de ambos supuestos puede leerse en el siguiente considerando del Voto de los jueces Zaffaroni, Lorenzetti y Maqueda en el fallo Casal. Conviene leerlo primero:

“29) Que en esta causa no se ventila la constitucionalidad ni el alcance de la reclusión accesoria prevista en el art. 80 del Código Penal para el supuesto de los homicidios calificados. En efecto, la cuestión se limita a los casos del art. 52 derivados de multireincidencia, donde la exigencia de cuatro o cinco condenas a penas privativas de libertad sin que hubiera transcurrido entre ellas el plazo que hace caer la reincidencia, en principio parece excluir —como consecuencia necesaria— aquellos supuestos de delitos por demás graves ya que, en su caso, la condena hubiera implicado una pena de larga duración. Por ende, podría afirmarse que, como regla, las hipótesis del art. 52 involucran delitos de menor gravedad o mediana gravedad y, por lo tanto, habida cuenta del considerable incremento de la pena privativa de libertad derivado de la aplicación de dicha norma, se impone determinar en cada caso si la suma resultante de ambas penas viola el principio de proporcionalidad respecto del delito por el que se impone la última condena. Tal es el supuesto que se verifica en el presente caso, donde cabe concluir que la violación es palmaria”.

Pareciese bastante claro que sostener que es lo que una causa no se ventila (en el caso la aplicación del art. 52 en función del art. 80 del Cód. Penal) no tiene que ver con lo que en ella se decide, sin embargo no es esta una mera declaración sin relevancia.

La lectura de este considerando demuestra a las claras que la doctrina de la Corte no se puede emplear para descalificar, sin más, la aplicación de la regla del art. 52 del Cód. Penal (la reclusión por tiempo indeterminado) en los casos de homicidios calificados.

Pero contiene además una curiosa conclusión. Afirma que la reclusión por tiempo indeterminado “parece excluir —como consecuencia necesaria— aquellos supuestos de delitos por demás graves, ya que en su caso la condena hubiera implicado una larga duración”.

No parece esta, sin embargo, ninguna consecuencia necesaria del texto del art. 52 del Cód. Penal, que comprende dos incisos, el segundo de los cuales si alude a 5 penas de menos de tres años, pero el primero de los cuales no posee esta limitación.

Es perfectamente posible imaginar que a una persona se le puedan aplicar varias condenas por hechos graves como homicidios simples, abusos sexuales, homicidios en ocasión de robo... Una situación semejante caería bajo la previsión del inciso primero del art. 52 del Cód. Penal.

Más todavía podría pensarse en homicidios calificados, que en este supuesto en el texto del art. 52, harían imperativo aplicar el art. 52, y no meramente facultativo como parece deducirse del texto del art. 80 del Cód. Penal. Claro que con la descalificación genérica del art. 52 del Cód. Penal. Que postula la Corte, entonces se llegaría a una situación curiosa según la cuál aun en el caso de una mutireincidencia derivada de hechos de singular gravedad (tomemos por caso los homicidios del art. 52) la aplicación del art. 52 seguiría siendo facultativa por aplicación del art. 80.

Esta digresión y estos razonamientos no son triviales, porque muchos de los argumentos relacionados con la descalificación constitucional del art. 52 del Cód. Penal. Hacen hincapié en la desproporción entre la reclusión por tiempo indeterminado y la trivialidad de los bienes jurídicos vulnerados que en hecho graves no pareciese ocurrir de la misma manera. O se relacionan con la historia de vida de la persona punible con la medida del art. 52, con sus antecedentes, que en el caso del art. 80 no operan como condiciones necesarias de aplicación de la reclusión por tiempo indeterminado.

¿Mantendría entonces la Corte este criterio cuando de hechos de singular gravedad se trate? O ¿Lo haría cuando deba aplicarse el art. 80 por uno o varios hechos? No son preguntas que puedan responderse, pero es claro que la Corte abrió un paraguas en este sentido en la digresión que he analizado y que hasta enuncia un criterio a tener en cuenta al analizar la proporcionalidad del art. 52 como motivo de descalificación constitucional al sostener que “se impone determinar en cada caso si la suma resultante de ambas penas viola el principio de proporcionalidad respecto del delito por el que se impone la última condena”.

En este sentido no es posible ignorar las especiales circunstancias del caso “Gramajo”, a quien la propia Corte lo destaca se le aplica la medida del art. 52 del Cód. Penal. Después de una condena a dos años de prisión. De modo que a su modo esta digresión implica tener presente muy en especial las circunstancias del caso para verificar la aplicabilidad del criterio de la CSJN a casos futuros.

b. Obiter relacionados con las circunstancias especialísimas del caso en que se dictan

Existen obiter que aluden a las circunstancias especialísimas del caso en el que se dictan. Veamos un párrafo del Voto del Dr. Fayt en el caso “Arriola”:

“Que si bien se ha afirmado que la Corte no podría analizar si las penas conminadas para cualquier delito del catálogo penal resultan útiles o contraproducentes para la abolición del delito en sí (“Capalbo”, disidencia de los jueces Caballero y Fayt, considerando 18), lo cierto es que una conducta como la que se encuentra bajo examen que involucra —como se dijo— un claro componente de *autonomía personal en la medida en que el comportamiento no resulte ostensible*, merece otro tipo de ponderación a la hora de examinar la razonabilidad de una ley a la luz de la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar. Dicha valoración otorga *carácter preeminente al señorío de la persona —siempre que se descarte un peligro cierto para terceros—*, sin desentenderse, a su vez, de la delicada y compleja situación por la que transita quien consume estupefacientes (especialmente quien abusa en su utilización)”.

Es el propio magistrado quien ha destacado en negritas las frases que he transcribo. ¿Para qué lo ha hecho? A mi manera de ver para destacar la singularidad del caso en que se juzga. Para evidenciar que en ese caso el comportamiento que motivaba la declaración de inconstitucionalidad no era ostensible.

Otro ejemplo de este tipo de digresiones se encuentra en el Voto de la Dra. Argibay Molina en los autos “Recurso de hecho deducido por S. Y. Q. C. por sí y en representación de su hijo menor J. H. Q.

C. en la causa Q. C., S. Y. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, para decidir sobre su procedencia:

“Adelanto mi postura en el sentido de que los extremos antes mencionados, son relevantes para privar de validez a la negativa de la demandada al pedido de efectuado por la señora S. Y. Q. C., con apoyo en que la peticionaria no cumple con los requisitos establecidos en los programas para los que ha afectado su presupuesto público en materia de vivienda, *sin que ello implique propiciar el mismo temperamento respecto de otros pobladores de la ciudad que se encuentran en otras condiciones*”.

He destacado en negrita lo que a mi criterio importa destacar las especialísimas circunstancias del caso en la decisión que se adopta. Esta afirmación hace presumir que sólo bajo las mismas condiciones del caso en que se falla podrá esperarse un pronunciamiento semejante.

c. Obiter vinculados con el tipo de proceso o recurso empleado

Existen digresiones que comienza con la expresión “distinto hubiese sido si...” Destacan que el resultado hubiese podido ser otro...si...y tras ese sí se pueden esconder diversas razones relacionadas con la existencia de un agravio no planteado, o la interposición del recurso correspondiente. Suelen destacar o bien omisiones de las partes, o bien la elección de una vía inadecuada para plantear las que se intentaron. Este tipo de digresión lleva a pensar que no se ha descalificado un argumento por su peso, sino por el modo como se lo planteado.

4.3.5. Existen algunas digresiones que están vinculadas con argumentaciones secundarias que sostienen la decisión de fallo

En el fallo “Gramajo”, por ejemplo, se afirma que la medida del art. 52 es una pena y como tal vulnera distintos principios constitucionales. Es decir que no se trata de una “medida de seguridad”, como lo sostiene algún sector de la doctrina penal argentina. A esta conclusión los jueces llegan por distintos recorridos que van desde el nombre empleado en el art. 52 “reclusión por tiempo indeterminado”, hasta sus propósitos no curativos característicos de las medidas de seguridad.

En este recorrido analizan los precedentes y la historia del art. 52, para demostrar que fue pensada como una pena del siguiente modo:

“13) Que la reclusión accesoria es una pena no sólo porque lo dice la ley, sino también porque tiene todas las características de una pena, porque así se cumple en la realidad, y por incuestionables razones históricas que muestran que no es otra cosa que la pena de deportación o relegación, adecuada hoy a la realidad, debido a la desaparición del tristemente célebre penal de Ushuaia. Su proyección como pena de deportación es anterior a la invención de las medidas de seguridad y su fuente de inspiración se pierde en el siglo XIX.

La historia del art. 52 comienza con los arts. 25 a 29 del proyecto de 1891. El art. 25 disponía: La pena de deportación consistirá en la relegación por tiempo indeterminado en la Isla de los Estados, u otra que se destine al efecto (Proyecto de Código Penal para la República Argentina Redactado en cumplimiento del Decreto de 7 de junio de 1890 y precedido de una Exposición de Motivos por los Doctores Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola, José Nicolás Matienzo, Buenos Aires, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 1891, p. 256). El art. 86 del mismo proyecto disponía: La pena de deportación será impuesta como accesoria de la última condena, cuando concurren las condenaciones siguientes (idem, pág. 284) y enunciaba en seis incisos las hipótesis que se han mantenido vigentes hasta que la ley 23.057 simplificó los presupuestos y precisó que se trata de multireincidencia. Como fuente, el proyecto de Piñero, Rivarola y Matienzo citaba expresamente la ley francesa del 27 de mayo de 1885 que, por otra parte, prácticamente copiaba. Esta ley completó y en parte reemplazó a la ley de relegación francesa de Napoleón III del 30 de mayo de 1854, que a su vez, sustituía al viejo sistema de presidios de trabajos forzados y galeras. Las hipótesis de condenas múltiples estaban también previstas en la ley francesa en forma que siguieron casi textualmente —con la diferencia de las deno-

minaciones de las penas— los proyectistas de 1891 (El texto comentado y la evolución legislativa con información comparada de la época en: Edouard Teisseire, *La transportation pénale et la rélegation d'après les Lois des 30 mai 1854 et 27 mai 1885. Étude historique, juridique et critique accompagnée d'un long aperçu sur le régime des forçats et des relégués dans nos possessions d'outre-mer*, París, 1893, páginas 204 y siguientes). Queda claro, pues, que la pena de reclusión por tiempo indeterminado llegó a nuestro país como pena de deportación copiada de la ley de deportación francesa por los proyectistas de 1891, que regulaba —como su precedente de 1854— la deportación a la Guayana Francesa y luego a Nueva Caledonia. Nadie sostuvo en Francia que los presos de la Guayana estuviesen sometidos a medidas de seguridad. Ni el capitán Dreyfus en la realidad histórica ni Papillon en la creación literaria fueron considerados sujetos sometidos a medidas de seguridad. No existe autor alguno que pretenda que las galeras se reemplazaron por una medida de seguridad. Tampoco lo sostuvieron los proyectistas de la disposición que trajo esta pena a la Argentina, pues directamente se referían a la pena de deportación. Del mismo modo procedieron los legisladores que en 1903 copiaron casi textualmente en la ley de reformas 4189 los artículos del proyecto de Piñero, Rivarola y Matienzo, reproduciendo las hipótesis de la ley francesa de deportación a la Guayana de 1885 y lo introdujeron entre los arts. 70 y 71 del código de 1886, sin dudar en adoptar el nombre de pena de deportación (Código Penal de la República Argentina y Ley de Reformas del 22 de Agosto de 1903. Edición Oficial. Buenos Aires. Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional. 1903, pág. 22), con el que se introdujo por vez primera en nuestro derecho positivo.

14) Que la palabra pena no desapareció de la ley porque algún proyectista haya dudado que se trataba de una pena, sino, por el contrario, porque la consideraron innecesaria por obvia. Desde el proyecto de 1906, el curso de la reforma que culminó en la sanción del código vigente orientó el estilo del texto hacia la sobriedad, claridad y brevedad. Tanto los autores del proyecto de 1906 como los del proyecto de 1917 siguieron la tendencia a elaborar normas breves y claras, simplificaron —a veces demasiado— pero es innegable que el código de 1921 se caracteriza en su versión originaria por ese estilo, lamentablemente poco usual en la legislación complementaria y reformadora posterior. En el afán de síntesis se eliminó la palabra pena en el art. 57 del proyecto de 1906, porque nadie había dudado que fuese una pena (Proyecto de Código Penal para la República Argentina Redactado por la Comisión de Reformas Legislativas constituida por Decreto del Poder Ejecutivo de fecha 19 de diciembre de 1904, Buenos Aires, Tipografía de la Cárcel de Encausados, 1906, p. 15), y ese modelo siguieron los autores del proyecto de 1917, que la preveían como relegación (Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina, Orden del Día N° 63 [9 de 1917], Talleres Gráficos de L. J. Rosso y Cía., Belgrano 475, 1917, pág. 141) palabra que incluso se filtró como errata en la media sanción de la Cámara de Diputados del código vigente, corregida por el Senado como reclusión —como se ha dicho— porque la relegación no figuraba en el art. 5°, y así finalmente sancionada en 1921. Aunque alguna vez se haya observado que no se trataba propiamente de una pena por el delito cometido, justamente para criticarla porque no reemplazaba a la pena del delito (Así, Julio HERRERA, *La reforma penal*, cit., pág. 563), nunca quienes participaron en el proceso de elaboración legislativa han hablado de medida de seguridad. Por si alguna duda quedase al respecto, basta remitirse a la opinión del propio Rodolfo Moreno (h), quien, teniendo primariamente en cuenta la prevista en el art. 80, defendía la tesis de que en la versión originaria fuese una pena irrevocable, o sea, eliminatoria, afirmando que se trataba de la agravación de la pena de reclusión que reemplazaba a la pena de muerte (Rodolfo MORENO [h], *El Código Penal y sus antecedentes*, H. A. Tomás, Editor, Buenos Aires, 1923, Vol. III, pág. 112). Las posteriores reformas hasta llegar a la formulación actual tendieron a humanizar y flexibilizar esta pena, pero no alteraron su carácter originario de pena de relegación. Se previó su limitación y la indeterminación devino relativa mediante la libertad condicional especial del art. 53 (dec.-ley 20.942/44), se suprimió la referencia al “paraje del sud” como resultado de la desaparición de la prisión de relegación de Ushuaia, se simplificaron las hipótesis y se precisó que se trataba de un supuesto de multirreincidencia (ley 23.057), pero nada de esto modificó la esencia originaria de esta pena y menos aún su naturaleza de pena, sólo puesta en duda por opiniones doctrinarias sin apoyo legal ni histórico y basadas en un empleo del concepto de medidas de seguridad divulgado en la legislación comparada con posterioridad a nuestro código y en textos que respondían a ideologías poco compatibles con nuestra Constitución. Su carácter relegatorio lo conserva hasta hoy en razón de que sustrae al condenado de la provincia correspondiente, o sea, lo federaliza.”

El origen del art. 52, y su evolución histórica configuran un argumento no decisivo respecto de su descalificación por inconstitucional, sobre todo si se tiene en cuenta que se trató de un texto con numerosas variaciones a lo largo del tiempo, que se ubica en el título de la Reincidencia que en su forma original no agravaba la escala penal aplicable sino sólo el lugar de cumplimiento de la pena y no exigía que mediase reincidencia, un término que, además, cambió durante la vigencia del Código. Es entonces la digresión histórica un argumento secundario para imaginar los propósitos del art. 52 del Cód. Penal.

4.3.6. Otros obiter también se relacionan con argumentaciones no decisivas pero que sirven o bien para descalificar argumentos que puedan sostener otros puntos de vista, o bien identificar razones de un cambio de criterio

Un ejemplo interesante, en este sentido se lo puede encontrar en el fallo Arriola de la CSJN, cuando descalifica argumentaciones que sirvieron para justificar un precedente (Montalvo) del que la Corte se aparta con la decisión que adopta. Veamos primero los considerandos relevantes:

15) Que las razones de conveniencia en que se sustentó la doctrina del precedente “Montalvo” (Fallos: 313: 1333), tampoco constituyen un fundamento constitucionalmente admisible. En primer lugar porque parten de la base de sacrificar derechos para satisfacer finalidades que pueden ser obtenidas por otros medios sin necesidad de semejante lesión. Como se verá en considerandos siguientes, en los países de la región se combate el flagelo de la drogadicción respetando el consumo personal que no daña a terceros y concentrándose en la distribución y el consumo cuando tiene aptitud concreta de peligro o daño. De manera que está demostrado que la lesión de la libertad personal no es necesaria a los fines de obtener el objetivo perseguido.

En segundo lugar, está claro que, aun cuando se admita el sacrificio, no se logra el resultado. En efecto, en el precedente mencionado se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios (ver considerando 26 de Fallos: 313:1333). Ello no se ha producido, pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales.

16) Que la tendencia que predomina en la legislación de los países de la región resulta totalmente contraria a la que pretende la habilitación del poder punitivo para los casos del tenedor de estupefacientes que sólo lo hace para el consumo personal y sin lesionar o poner en peligro concreto bienes o derechos de terceros.

En este sentido, la ley brasileña 11.343, del 23 de agosto de 2006, instituyó el Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas y en su art. 28 decidió contemplar la tenencia para consumo personal a la que no incrimina penalmente sino que aplica sustitutivos penales como la advertencia al tenedor sobre los efectos de las drogas, la prestación de servicios a la comunidad o la aplicación de medidas educativas de asistencia a cursos educativos. El código penal peruano, sancionado por Decreto Legislativo 635, promulgado el 3 de abril de 1991 y publicado el 8 de abril del mismo año preveía la exención de pena en su art. 299, bajo el título de “posesión impune de droga” el que luego de su modificación por el art. 1º de la ley 28.002, publicado el 17 de junio de 2003, mantuvo la misma impronta. Por su parte, la ley 19.366 de la República de Chile, que sancionaba el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas resultó sustituida por la ley 20.000, promulgada el 2 de febrero de 2005 y publicada el 16 del mismo mes y año y en su art. 4º, deja impune la tenencia para uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. A su vez, la Ley 1340 de la República de Paraguay, del 20 de octubre de 1988, que modifica y actualiza la ley 357/1972 y que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas y otros delitos afines y establece medidas de prevención y recuperación de fármaco dependientes en aquel país, regula en su art. 30 la tenencia para exclusivo uso personal a la que deja exenta de pena. Algo similar sucede con la ley uruguaya 17.016 de estupefacientes, sancionada el 7 de octubre de 1998, promulgada el 22 octubre y publicada el 28 de ese mismo mes y año, que prevé en su art. 3º la sustitución de los arts. 30 a 35 de la anterior normativa vigente por dec.-ley 14.294 del 31 de octubre de 1974. En esa sustitución, se reemplazó

el art. 31 que en su parte pertinente refiere que quedará exento de pena el que tuviere en su poder una cantidad razonable destinada exclusivamente a su consumo personal”.

Como puede leerse la descalificación de los argumentos utilitarios de la Corte en Montalvo es el propósito de esta digresión. La argumentación es dual sólo se pueden restringir derechos constitucionales cuando no exista otra vía que logre el mismo resultado. Además la ley validada en Montalvo no logró el resultado propuesto.

La cita de la legislación vigente en otros países latinoamericanos apunta a mostrar otras políticas criminales alternativas, con una legislación diferente.

Esta digresión, sin embargo, enuncia un criterio de las condiciones bajo las cuales es posible restringir un derecho constitucional. De modo que no es por completo irrelevante.

Por otra parte cuando se responde a algún argumento de una opinión contraria a la que el fallo sostiene, es claro que esa respuesta implica, de alguna manera, una atención del debate, en especial a la escucha y reflexión sobre la opinión adversa.

4.3.7. *Obiters relacionados con el resultado de la decisión adoptada*

En ocasiones se emplean digresiones que afirman que, aunque se hubiese hecho lugar al agravio planteado por una de las partes, igual se hubiese llegado a la decisión que el Tribunal ha adoptado por otras consideraciones.

Por ejemplo: En la causa 14365 (Reg. de Pcia. 47.669) la defensa sostuvo que no cabía aplicar a un abogado hallado culpable de defraudación por administración fraudulenta (Cód. Penal art. 173 inc. 7º) la inhabilitación especial prevista en el art. 20 bis del Cód. Penal, porque ya había existido un sumario labrado por el Colegio de Abogados, lo que violentaría el principio *ne bis in idem*, de raigambre constitucional.

En su voto el Dr. Carral señala que no se ha demostrado que el Colegio de Abogados hubiese efectivamente sancionado al abogado condenado en el proceso penal. Luego añade (con clara conciencia que se trata de un obiter dictum) que aunque hubiese sido sancionado el abogado por el Colegio de Abogados de todos modos no se hubiera vulnerado el *ne bis in idem*. Es decir que, de todos modos, se había rechazado el agravio.

Otro ejemplo se puede ver en la causa. 10.950 (Reg. de Pcia. 38.766) en la que el mismo Juez descarta que pudiese probarse una tenencia para estupefacientes para comercialización en virtud de que el allanamiento en el que fueran encontrados era ilegal. Y añade que, aunque ese allanamiento hubiese sido legal, entonces tampoco había podido probarse la autoría, de modo que por ambos tipos de argumentos, el segundo claramente un obiter, se había llegado a la misma solución: la absolución del acusado.

4.3.8. *Obiters vinculados con argumentos no planteados por las partes*

En ocasiones los jueces advierten sobre argumentos que las partes no han planteado al Tribunal, pero que se relacionan con el tema decidido.

Así por ejemplo, en la causa 25.518 R., C. M. recurso de casación interpuesto por el Fiscal General se le planteó al Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires la inconstitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para uso personal por vulnerar el art. 19 de la Constitución Nacional.

El Dr. Sal Llargués, Juez de primer voto, hizo lugar al planteo, y añadió “Obiter dictum merece destacarse que no ha sido cuestionada la eventual conculcación del principio del acto por la criminalización de la mera “tenencia” de estupefacientes como simple situación de hecho o estado de cosas —y no conducta—; ni viene queja alguna en contradicción con el principio de legalidad formal al dejar librada la definición del objeto sobre el que recaen las acciones allí descriptas a la determinación del

Poder Ejecutivo Nacional (conf. art. 77, Cód. Penal), consecuentemente no cabe pronunciamiento alguno.

El Dr. Natiello no adhirió a este obiter dictum. Ahora bien ¿Cuál fue el propósito de este obiter? ¿Indicó el señor Juez que existían otras razones para descalificar a la tenencia de estupefacientes? ¿Estaba de acuerdo con ellas, pero no podía abordarlas? ¿Dijo solamente que no podía abordarlas? Las respuestas a estas preguntas condicionan el sentido que pueda haber tenido el voto del Dr. Natiello que no adhirió a ellas.

Otro ejemplo puede encontrarse en la causa.

En esta causa 23.154 se ventiló si la sentencia del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires podía o no ser considerada interruptiva de la prescripción de la acción penal. El voto minoritaria del Dr. Sal Llargués encontró que la causa había prescripto. La mayoría, formada por el Dr. Piombo y el Dr. Natiello, destacó este resultado, y consideró que la sentencia de Casación debía ser considerada como acto interruptivo de la prescripción. Pero el Dr. Piombo añadió que la aprobación del cómputo de pena también debía ser considerada como sentencia definitiva.

5. Conclusiones

He pretendido en este trabajo caracterizar los llamados obiters dictums, y desentrañar algunas de las dificultades que surgen para caracterizarlos como tales. Dificultades que se inscriben en la complejidad de la faena judicial, los distintos tipos de pensamiento y de razonamiento que en ellas se encuentran, las distintas maneras de decidir según se trata de un órgano unipersonal o colegiado, las variadas formas de concebir el rol de los jueces, y en especial de argumentar.

He sostenido que los obiter dictums poseen diversos propósitos no siempre excluyentes entre sí. Los he intentado discriminar en un catálogo no exhaustivo ni excluyente. En especial he pretendido discernir los factores que concedan fuerza persuasiva a los obiters y sus límites muy relacionados con las falacias de autoridad. Asimismo, he propuesto indicar cuáles de estos tipos de afirmaciones dichas al paso puedan estar estrechamente vinculadas al empleo como precedentes jurisprudenciales por afectar el pensamiento analógico en que se sustentan. Por cierto este trabajo no pretende ser más que provisorio, sujeto a mutaciones y abierto a la reflexión. Es decir, un camino para decir al pasar.

6. Bibliografía

ATIENZA, Manuel, 1997. *Derecho y Argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

GARAY, Alberto, 1997. "El precedente judicial en la Corte Suprema", EN: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, Año 2, N°1, 51-108. Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub_a2n1-2.html [Fecha de consulta: 06/06/2014].

GORDILLO, Agustín, 2000. *Introducción al Derecho. Derecho Público y privado. Common-Law y derecho continental europeo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. Disponible en: www.gordillo.com. [Fecha de consulta: 06/06/2014].

VALLET DE GOYTISOLO, Juan BMS, 1997. *El razonamiento judicial*. EN: Reales Academias de Jurisprudencia y Legislación y Ciencias Morales y Políticas, Madrid. Disponible en: <http://fundacionelias-detajada.org/wp-content/uploads/2014/03/ANA15-015-028.pdf> [Fecha de consulta: 06/06/2014].

Justicia penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires

POR MARÍA CELESTE LEONARDI (*)

Sumario: I. Introducción. — II. El Régimen Penal de la Minoridad. — III. El Fuero Penal Juvenil en la Provincia de Buenos Aires. — IV. El proceso ejecutivo de medidas y sanciones. — V. Conclusiones. — VI. Bibliografía. — VII. Legislación consultada. — VIII. Jurisprudencia consultada. — IX. Otros documentos consultados.

Resumen: En la Provincia de Buenos Aires, durante gran parte del siglo XX, la justicia penal juvenil estuvo gobernada por el paradigma tutelar. En dicha concepción, los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal quedaban a disposición un juez de menores omnipotente, que decidía, en un proceso judicial ausente de garantías y derechos fundamentales, la aplicación de la sanción de los niños, pudiendo culminar en el encierro.

La Convención de los Derechos del Niño implicó un giro fundamental en el modo de comprender la infancia y la adolescencia. Los niños, niñas y adolescentes tienen los mismos derechos reconocidos a las personas adultas más un plus de protección derivado de su condición especial. En consecuencia, la normativa interna reguló un proceso penal a la luz de los estándares internacionales. Se consagró el derecho a ser oído, el principio de la privación de la libertad como medida de último recurso, se establecieron partes claras en proceso penal y se crearon nuevos órganos en la esfera administrativa y judicial.

Palabras clave: derechos de niñas, niños y adolescentes, responsabilidad penal juvenil, fuero penal juvenil.

GIUSTIZIA PENALE MINORILE NELLA PROVINCIA DI BUENOS AIRES

Riassunto: Nella provincia di Buenos Aires, durante la maggior parte del Ventesimo secolo, la giustizia minorile è stata governata dal paradigma tutelare. In questa concezione, i bambini e gli adolescenti in conflitto con la legge rimanevano a disposizione di un giudice minorile onnipotente, chi decideva, in un processo giudiziario assente delle garanzie e dei diritti fondamentali, l'applicazione della sanzione ai bambini, la quale poteva condurre al loro isolamento.

La Convenzione sui diritti dell'infanzia ha prodotto una trasformazione fondamentale nel modo di capiscere l'infanzia e l'adolescenza. I bambini e gli adolescenti hanno gli stessi diritti riconosciuti agli adulti più una protezione aggiuntiva che sorge dal suo status speciale. Di conseguenza, le legge interni hanno stabilito un processo penale alla luce delle norme internazionali. È stato consacrato il diritto di essere sentito, il principio di reclusione come misura d'ultima risorsa, parti chiari sono stati istituiti nel processo penale e sono stati creati nuovi organi nel settore amministrativo e giudiziario.

Parole chiave: diritti dei bambini e degli adolescenti, responsabilità penale minorile, sistema di giustizia penale minorile.

I. Introducción

Históricamente la cuestión de la infancia estuvo regulada por el paradigma tutelar. En dicha concepción, los niños, niñas y adolescentes eran considerados como personas desprotegidas y necesitadas de cuidado; y objeto de control por parte del Estado y las familias.

(*) Docente de Derecho Penal, Cátedra II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

Dicho paradigma, basado en la Doctrina de la Situación Irregular, contó con legislación específica para llevar a cabo una intervención estatal desmesurada. Se trataban de leyes nacionales, como la ley Agote, que introdujo modificaciones en lo referente al régimen de la patria potestad, ciertas reglas de la tutela, creación del Patronato de Menores y la reglamentación del proceso penal de menores; y la ley 14.394, que elevó la edad para la imputabilidad absoluta a los 16 años y amplió las posibilidades penales.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires y con un gran consenso político hacia 1937, la ley N° 4.664 creó el primer Tribunal de Menores especializado del país. Como características de este fuero se han señalado las siguientes: i) Se trataba de un juez único, pero denominado tribunal, quien poseía una competencia penal, contravencional y asistencial, ii) En los juicios de infancia no habían partes claras: el asesor de menores se comportaba a la vez como fiscal y como defensor del niño, iii) el mismo juez que investigaba el delito era quien debía fallar el caso en definitivo (Domenech, Lescano y Jaureguierry, 2010). Estos lineamientos generales, fueron mantenidos en la figura del Juez de Menores creado por el decreto ley 10.067, que derogó la mencionada ley 4.664.

Por su parte, la ley 22.278 sobre el Régimen Penal de la Minoridad, aun vigente, estableció una serie de normas que ampliaron la indefinición de las reglas y que implicaban un fortalecimiento del poder jurisdiccional. En efecto, la ley incorporó una caracterización de la llamada “disposición” —a la que nos referiremos más adelante— que, según el artículo 3, consistía en “la obligada custodia del menor por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquél mediante su protección integral.”

La adopción por parte de Argentina de la Convención sobre los Derechos del Niño (1) implicó un giro fundamental en el modo de comprender la infancia y la adolescencia. El paradigma tutelar fue reemplazado por el paradigma de la protección integral de los derechos del niño. Así, en la concepción del niño como sujeto de derecho subyace la idea de igualdad jurídica, en el sentido que todas las personas son destinatarias de las normas jurídicas y tienen capacidad de ser titulares de derechos (Cillero Bruñol, 1997).

En virtud de la nueva normativa, en nuestro país se había generado un marco jurídico paradójico. Por un lado, las leyes de “menores” vigentes, acordes con el paradigma del niño como objeto de tutela, y por otra parte, las normas internacionales con jerarquía constitucional, que receptan de la concepción del niño como sujeto de derechos. El ordenamiento interno debía ajustar sus normas a la manda constitucional. Consecuentemente, dictaron leyes armónicas con el nuevo paradigma, que trajeron innovaciones en el Código Civil —en materia de patria potestad y en el régimen de adopción— en el Código Penal y más recientemente, con la nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, la cual incorporó y amplió una serie de fundamentales derechos y garantías procesales.

En la jurisdicción provincial, después de numerosos intentos de modificación legislativa, se sancionó la ley 13.298 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños y sus complementarias. (2) La ley 13.298 fue planteada con el fin de generar una transformación estructural en la política de infancia provincial, diseñando para tal fin una reorganización institucional, mediante la reasignación de competencias de distintos niveles y poderes del Estado, proponiéndose además modificar prácticas y representaciones de ciudadanos y operadores (Lescano, 2008).

La ley 13.634, complementaria de la ley 13.298, ha configurado el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil. En este nuevo esquema, la figura del juez de menores ha desaparecido. Sus diversos poderes han sido fragmentados. Las cuestiones “asistenciales” no son ya de su competencia. En el fuero penal aparecieron nuevos actores, nuevos órganos de decisión y nuevos procedimientos (Domenech, Lescano y Jaureguierry, 2010). Se incorporan los principios jurídicos y garantías constitucionales de

(1) En adelante CDN.

(2) Leyes 13.634, 13.645, 13.797, 13.772 y 13.821.

oralidad, debido proceso, oposición, bilateralidad, igualdad ante la ley, imparcialidad, apelabilidad amplia y juzgamiento por juez no instructor. Se estipula como regla general la aplicación de una amplia gama de medidas alternativas, mientras que la privación o restricción de la libertad es tomada como último recurso.

Por otra parte, el artículo 1 de ley 13.634 estipula la aplicación subsidiaria del Código Procesal Penal de adultos, es decir la ley 11.922. En materia de ejecución de la pena y medidas impuestas a los jóvenes se aplica la ley 12.256 de Ejecución Penal Bonaerense, también referida a los adultos (artículo 85, ley 13.634) y las resoluciones del Ministerio de Desarrollo Humano de la Provincia de Buenos Aires N° 166/7 y 172/7.

En suma, los derechos de los niños se encuentran regulados en un gran número de reglas, cuya aplicación en el caso concreto puede resultar compleja. Este trabajo tiene tres propósitos fundamentales: i) Caracterizar el sistema actual de responsabilidad penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires, ii) Presentar las distintas normas que lo integran, y examinarlas a la luz de los estándares internacionales en la materia, iii) Establecer conclusiones provisionales que permitan vislumbrar distintos caminos ante las observaciones que se formulan al estado actual de ese sistema.

II. El Régimen Penal de la Minoridad

La citada ley 22.278 sobre el Régimen Penal de la Minoridad dispone tres categorías de imputabilidad respecto de las personas menores de edad: i) Menores de edad inimputables; ii) Menores de edad imputables en forma relativa; y iii) Menores de edad absolutamente imputables.

Son inimputables los menores de 16 años de edad y los comprendidos entre los 16 y los 18 años respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación. A pesar de que son inimputables, en caso que existiere imputación, el juez podrá disponer de ellos hasta la mayoría de edad.

Son imputables en forma relativa las personas comprendidas entre los 16 y los 18 años que cometieren un delito diferente a los enunciados en el párrafo anterior. En este caso, el magistrado lo someterá a proceso y deberá disponerlo provisionalmente durante su tramitación. Además, se establece que la imposición de una pena está supeditada a una serie de requisitos.

Las personas comprendidas entre los 18 y los 21 años son absolutamente imputables. Hasta la mayoría de edad la pena privativa de la libertad se efectivizará en institutos especializados para menores (artículo 10) pasando a establecimientos para adultos al cumplir la mayoría de edad (artículo 6). Es preciso destacar que, la ley 26.579 modificó la mayoría de edad establecida en el Código Civil de 21 a 18 años, dejando dudas respecto a su concordancia con la ley 22.278. En otras palabras, nos preguntamos: ¿Qué consecuencias debería tener la modificación de la mayoría de edad del Código Civil con respecto a la ley 22.278? A pesar de ello, la propia ley de Ejecución Penal Bonaerense establece que:

“Los jóvenes adultos (de 18 a 21 años), serán alojados en establecimientos o secciones especiales con el objeto de facilitar el desarrollo de aquellos programas asistenciales y/o de tratamiento que, implementados para pequeños grupos, contemplen con especial énfasis los aspectos formativo educativos de los mismos, teniendo en cuenta la especificidad de los requerimientos propios de la edad.” (Ley 12.256, artículo 15).

De este modo, entendemos que se podría conciliar la reforma del Código Civil sobre la mayoría de edad con la ley sobre el Régimen Penal de la Minoridad.

Por otra parte, la ley 22.278 estableció la llamada “disposición” del niño a cargo del juez, la cual podrá ser provisoria: en el caso de niños inimputables cuando exista imputación en su contra (artículo 1) y en el supuesto de niños imputables mientras dura la tramitación del proceso. La disposición será definitiva cuando de los estudios realizados resultare que el menor (imputable e inimputable) se

haya abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta (artículos 1 y 2). La disposición del niño implicaba su custodia por parte del juez, quien además podía ordenar las medidas que crea convenientes respecto del niño (artículo 3).

Asimismo, la ley 22.278, supedita la aplicación de la pena a una serie de requisitos, entre los que se incluye un tratamiento tutelar de, al menos, un año.

La indefinición de la ley fue ampliamente cuestionada en el ámbito doctrinario y jurisprudencial. En ese sentido, Domenech ha destacado una serie de aspectos que podrían dar lugar a la inconstitucionalidad de la norma:

“Por el origen espurio (ley de facto).

Por la inclusión indebida de reglas del juicio (por la ausencia de respeto a los poderes reservados por las Provincias).

Por la inadecuada regulación del régimen de responsabilidad penal del niño.

Por inadecuada estructuración del juicio: con vulneración de la defensa del niño o de la víctima del niño.

Por inadecuada reglamentación de cautelares: sin relación con el quantum probatorio reunido en su contra y aplicables aun a niños inimputables.

Por la reglamentación de medidas cautelares que implican privaciones de libertad, como la internación sin juicio previo.

Por la permisón de penas extensas (prisión perpetua) en oposición a las reglas de la CIDN que las limitan o las prescriben por el menor tiempo posible.

Por la igualación con el adulto (si se aplicasen las escalas penales sin restricción alguna) ante situaciones desiguales.

Por la indeterminación de la pena, (que podría argüirse vulnera el *nullum crimen sine lege*) y el diferimiento de la imposición penal, que puede alterar el derecho a una sentencia en un tiempo razonable.

Por la imposición penal inadecuada, sea por sus motivaciones, sea por situaciones no sometidas al contralor de las partes (la impresión directa del niño) o por la ausencia de debate sobre esas motivaciones. Situaciones todas que pueden agravar el debido proceso legal y la defensa en juicio del niño.

Por la inadecuada defensa de los derechos de los padres a la representación legal de sus hijos.” (Domenech, 2008:9).

La jurisprudencia también se ha pronunciado sobre esta cuestión. La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal declaró la inconstitucionalidad de los párrafos 2, 3 y 4 del I artículo de la ley 22.278 ya que:

“...La exégesis de las leyes 10.903, 22.278 (...) revela que la doctrina de la situación irregular encierra un grave defecto: no logra distinguir entre la atención de situaciones de desprotección, desamparo o abandono y la persecución y juzgamiento de hechos calificados como delitos por la ley penal. La confusión en la que incurre es la responsable de que se vulneren las garantías de las que goza, sin importar la edad, toda persona sujeta a proceso penal.” (CNCrim. y Corr. Fed., 2006).

En relación a los órganos internacionales, el Comité de Derechos del Niño, observó con preocupación que la ley 22.278 no haya sido enmendada para armonizarla con la CDN (Comité de Derechos del Niño, 2010). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Mendoza y otros c/ Argentina” dijo que:

“...la Ley 22.278 aplicada en el presente caso, la cual data de la época de la dictadura argentina, regula algunos aspectos relativos a la imputación de responsabilidad penal a los niños y a las medidas que

el juez puede adoptar antes y después de dicha imputación, incluyendo la posibilidad de la imposición de una sanción penal. Sin embargo, la determinación de las penas, su graduación y la tipificación de los delitos se encuentran reguladas en el Código Penal de la Nación, el cual es igualmente aplicable a los adultos infractores. El sistema previsto por el artículo 4 de la Ley 22.278 (...) deja un amplio margen de arbitrio al juez para determinar las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito por personas menores de 18 años, tomando como base no sólo el delito, sino también otros aspectos como 'los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez'. Asimismo, de la redacción del párrafo 3 del artículo 4 de la Ley 22.278 se desprende que los jueces pueden imponer a los niños las mismas penas previstas para los adultos, incluyendo la privación de la libertad, contempladas en el Código Penal de la Nación, como sucedió en el presente caso." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013: 98).

En dicho caso, la Corte Interamericana ordenó al Estado argentino a "...ajustar su marco legal a los estándares internacionales señalados anteriormente en materia de justicia penal juvenil, y diseñar e implementar políticas públicas con metas claras y calendarizadas." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013: 120).

Si bien la justicia penal juvenil en Argentina continua siendo regulada por la ley 22.278, es posible efectuar interpretaciones de la norma o modos de usarla que eviten objeciones de constitucionalidad. Por ejemplo: "eludiendo la aplicación de penas perpetuas, aplicando medidas cautelares respetuosas de las pruebas recolectadas y que restrinjan los encierros cuasi penitenciarios, permitiendo un debate sobre las condiciones de imposición de las penas, evitando el empleo de 'impresiones directas del juez' que sean poco controlables para las partes." (Domenech: 2008:11).

III. El Fuero Penal Juvenil en la Provincia de Buenos Aires

La citada ley 13.634 sobre el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil incorporó principios jurídicos y garantías constitucionales. Además, modificó radicalmente la estructura del proceso penal seguido a los niños y adolescentes. A continuación nos proponemos describir e indagar en las reformas más importantes que dispuso la nueva ley, a la luz de los estándares internacionales en la materia.

III.I. Principios del sistema de justicia juvenil

III.I.I. El principio de especialización y los nuevos órganos

La Convención Americana de Derechos Humanos (3) en el artículo 5.5 dispone que "cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento." En ese sentido, se debe establecer una organización eficaz para la administración de la justicia de menores y un sistema amplio de justicia de menores, el cual requiere el establecimiento de unidades especializadas en la policía, la judicatura, el sistema judicial y la fiscalía, y la disponibilidad de defensores especializados u otros representantes encargados de prestar al menor asistencia jurídica u otra asistencia adecuada (Comité de los Derechos del Niño, 2007). Entonces, el principio de especialización, exige leyes, procedimientos e instituciones específicas para niños, además de la capacitación específica para todas las personas que trabajan en el sistema de justicia juvenil.

En atención al mencionado principio, el artículo 18 de la ley 13.634 establece que el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil estará integrado por una serie de órganos que cuentan especialidad en la materia, como lo son: los Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil, los Juzgados de Responsabilidad Penal Juvenil, los Juzgados de Garantías del Joven y el Ministerio Público del Joven. Sin embargo, en la etapa recursiva, se establece la intervención de la Cámara de Apelación y Garantías, la cual no es especializada y cuya competencia se encuentra regulada en el Código Procesal Penal destinado a los adultos.

(3) En adelante, indistintamente CADH o Convención Americana.

Por otra parte, se disuelven los juzgados de Menores, los cuales constituyeron un actor clave para el desarrollo del paradigma tutelar durante el siglo XX. Sin embargo, el artículo 89 de la ley 13.634 establece que “...los magistrados titulares de dichos tribunales permanecerán en sus funciones atendiendo las causas que tramitan en sus respectivos Tribunales y continuarán haciéndolo con posterioridad a su asunción como Jueces de la Responsabilidad Penal Juvenil o Jueces de Garantías del Joven, simultáneamente y hasta la terminación de dichas causas.” De ello se desprende que, no surge con claridad cuál es la especialización con la que deben contar los operadores del sistema de justicia penal juvenil, atendiendo a que los magistrados que intervenían en los anteriores procesos penales —y asistenciales— y en los actuales procesos penales, son los mismos.

Finalmente, es preciso destacar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (4) ha observado que varios Estados han establecido sistemas juveniles independientes para niños que infrinjan las leyes penales. Sin embargo, estos sistemas no necesariamente, son especializados. En efecto, dijo que: “(...) el personal que trabaja en estos sistemas no siempre ha recibido capacitación respecto al desarrollo y los derechos humanos de los niños que les ayude a ejercer sus facultades discrecionales en relación con éstos conforme a todos los principios de derechos humanos.” (CIDH, 2011:26).

III.II. Derecho de los niños/as a ser oídos/as

El derecho del niño a ser escuchado constituye un derecho humano fundamental, que parte que la consideración del niño como sujeto de derecho y del principio de su autonomía progresiva. En ese sentido, el artículo 12 de la CDN establece que:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

En la Observación General 12, el Comité de los Derechos del Niño sostuvo que: “[el derecho a ser escuchado] debe respetarse plenamente en todas las etapas del proceso judicial, desde la etapa prejudicial, en que el niño tiene derecho a guardar silencio, hasta el derecho a ser escuchado por la policía, el fiscal y el juez instructor. También es aplicable en las etapas de sentencia y resolución, así como en la aplicación de las medidas impuestas.” (Comité de los Derechos del Niño, 2007:17).

A su vez, la CDN en su artículo 3, párrafo 1, otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada. En la determinación del interés superior del niño deberá tenerse en cuenta la evolución de sus facultades. Así, el Comité sobre los Derechos del Niño dijo que: “[A] medida que el niño madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior.” (Comité sobre los derechos del Niño, 2013: 12).

La ley provincial 13.634 garantiza el derecho a ser oído en su artículo 3 que dispone: “Los niños tienen derecho a ser oídos en cualquier etapa del proceso, a peticionar, a expresar sus opiniones y a que éstas se tengan en cuenta en las decisiones que afecten o hagan a sus derechos, considerando su desarrollo psicofísico (...) El Juez garantizará debidamente el ejercicio de este derecho.”

La norma reconoce el derecho a ser oído en cualquier etapa del proceso, adecuándose a los postulados internacionales en la materia. A su vez, se refiere a la “consideración de su desarrollo psicofísico” De este modo, recepta el principio de autonomía progresiva de los niños consagrado en artículo 5 de la CDN que establece que el ejercicio de los derechos de los niños es progresivo en relación a la

(4) En adelante, indistintamente CIDH o Comisión Interamericana.

evolución de sus facultades y, corresponde a los padres y a las personas encargadas legalmente del niño impartirle “dirección y orientación apropiadas” para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la CDN.

Sin embargo, es posible cuestionar la redacción del artículo 3 cuando dice que “[e]l Juez garantizará debidamente el ejercicio de este derecho”. En el proceso penal, participan además del Juez, el Fiscal y el Asesor de Menores, quienes no están incluidos en la normativa y, por lo tanto, no estarían obligados a que el niño ejerza este derecho. No obstante, como se ha mencionado, el Comité extiende la obligación al fiscal y, también, a la policía.

III.I.III. Principio de reserva de las actuaciones

A fin de resguardar la intimidad y la vida privada del adolescente, debe garantizarse en todo momento la prohibición de la difusión de cualquier información que permita identificar a un adolescente de un delito. En efecto, el artículo 40.3.b. vii de la CDN establece que “se respetará plenamente la vida privada del niño en todas las fases del procedimiento”.

El Comité de los Derechos del Niño, dando cuenta de la importancia de este principio sostuvo que:

“El derecho de un niño a que se respete plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento se inspira en el derecho a la protección de la vida privada proclamado en el artículo 16 de la Convención. ‘Todas las fases del procedimiento’ comprenden desde el primer contacto con los agentes de la ley (por ejemplo, petición de información e identificación) hasta la adopción de una decisión definitiva por una autoridad competente o el término de la supervisión, la libertad vigilada o la privación de libertad.” (Comité sobre los Derechos del Niño, 2007: 20).

El artículo 5 de la ley 13.634 prohíbe la difusión de la identidad de los niños sujetos a actuaciones administrativas o judiciales, cualquiera sea su carácter y con motivo de dichas actuaciones, en informaciones periodísticas y de toda índole. Se consideran como informaciones referidas a la identidad: el nombre, apodo, filiación, parentesco, residencia y cualquier otra forma que permita su individualización. Además, el artículo 53 la ley 13.634 citada dispone que: “No será aplicable lo normado por el artículo 342 del Código Procesal Penal, respecto a la publicidad de la audiencia de debate, la cual tendrá carácter de reservado. Excepcionalmente, podrán estar presentes aquellas personas expresamente autorizadas por el Juez. La decisión judicial es inimpugnable.”

III.I.IV. Privación de libertad como medida de último recurso

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a su libertad personal y no pueden ser privados de ella ilegal o arbitrariamente. La CDN establece la obligación de los Estados de velar por dicho derecho y, en su artículo 37 inciso b, dice que “[l]a detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.”

Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad entienden por privación de la libertad, toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública (Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, 1990. Regla 11. b).

La aplicación de la sanción privativa de la libertad como último recurso, también fue reconocida por el Comité de los Derechos del Niño, quien sostuvo que: “Los Estados Partes deben contemplar un conjunto de alternativas eficaces (...) para dar cumplimiento a la obligación que les incumbe en virtud de esa disposición de utilizar la privación de libertad tan sólo como medida de último recurso.” (Comité sobre los Derechos del Niño, 2007: 23).

Del mismo modo que en el ámbito internacional, el artículo 7 de la ley 13.634 establece que: “La internación y cualquier otra medida que signifique el alojamiento del niño en una institución públi-

ca, semipública o privada, cualquiera sea el nombre que se le asigne a tal medida y aún cuando sea provisional tendrá carácter excepcional y será aplicada como medida de último recurso, por el tiempo más breve posible y debidamente fundada”.

A su vez, el artículo 58.1 de la ley comentada consagra la proporcionalidad de la sanción a la gravedad del delito y a la particular situación y necesidades del niño. El artículo 58.2 dispone que “Las restricciones a la libertad personal del niño sólo se impondrán luego de un cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible” y el artículo 58.3. dice que: “En el examen de los casos se considerará como un factor rector el interés superior del niño.” Sin embargo, la norma no brinda claras reglas respecto a cómo aplicar el interés superior del niño a la imposición de sanciones penales. Al mismo tiempo, el Comité de los Derechos del Niño dispuso que:

“los Estados deben establecer procesos oficiales, con garantías procesales estrictas, concebidos para evaluar y determinar el interés superior del niño en las decisiones que le afectan, incluidos mecanismos de evaluación de los resultados. Los Estados deben establecer procesos transparentes y objetivos para todas las decisiones de los legisladores, los jueces o las autoridades administrativas, en especial en las esferas que afectan directamente al niño o los niños”.

Como consecuencia del principio de proporcionalidad y excepcionalidad, la CDN prohíbe la aplicación de penas perpetuas sin posibilidad de excarcelación (artículo 37. a) y el Comité de Derechos Humanos recomendó la derogación de este tipo de penas (Comité de Derechos Humanos, 2007:22). También, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Mendoza y otros vs. Argentina” estableció la responsabilidad internacional de Argentina por violación de los derechos a la libertad personal y a la integridad personal en perjuicio de cinco personas que siendo menores de edad fueron condenados a prisión perpetua. La Corte Interamericana sostuvo que:

“... la Convención sobre los Derechos del Niño prevé que, cuando un niño haya sido declarado culpable por la comisión de un delito, tiene derecho a ‘ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad’. En este sentido, la medida que deba dictarse como consecuencia de la comisión de un delito debe tener como finalidad la reintegración del niño a la sociedad. Por lo tanto, la proporcionalidad de la pena guarda estrecha relación con la finalidad de la misma.

Con base en lo anterior, de conformidad con el artículo 5.6 de la Convención Americana, el Tribunal considera que la prisión y reclusión perpetuas, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños. Antes bien, este tipo de penas implican la máxima exclusión del niño de la sociedad, de tal manera que operan en un sentido meramente retributivo, pues las expectativas de resocialización se anulan a su grado mayor. Por lo tanto, dichas penas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a niños.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013: 60).

Entonces, si bien la CDN no prohíbe en términos definitivos la prisión perpetua ya que podrá ser aplicada siempre y cuando exista la posibilidad de excarcelación, hay una tendencia a eliminar la posibilidad de aplicar penas de prisión perpetua por infracciones a las leyes penales cometidas por las niñas, niños y adolescentes.

III.II. El proceso penal: la investigación y el juicio

El procedimiento se encuentra establecido en tres etapas: una investigación preparatoria a cargo del agente fiscal del joven, bajo el control jurisdiccional del juez de garantías del joven; la etapa de juicio, en la que se lleva a cabo el debate oral ante un juez de responsabilidad penal juvenil o ante un Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil (dependiendo de la gravedad del delito); y una tercera etapa correspondiente a la ejecución de la pena, en la que interviene como juez de ejecución el mismo tribunal que dictó la sentencia condenatoria, y a la cual nos referiremos en la sección siguiente.

La ley creó un proceso penal juvenil, similar al proceso penal de los adultos, cuya normativa se aplica subsidiariamente. Así, Beloff, al referirse a los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina dijo que:

“... se adaptan las características de los sistemas modernos latinoamericanos acusatorios (que garantizan los principios de oralidad y contradicción), sistemas flexibles que permiten instancias conciliatorias no sólo al inicio sino a lo largo de todo el proceso, esto es, flexibles para intentar una real solución al conflicto de naturaleza jurídico penal que dio origen al proceso, pero no para desconocer garantías, como ocurría en la práctica del sistema anterior.” (Beloff, 2006:14).

En ese sentido, se establece un proceso acusatorio en el cual, además del juez, intervienen fiscales y defensores. Del mismo modo que el proceso penal para adultos, se prevé la denominada Investigación Penal Preparatoria, la cual será llevada adelante por el Agente Fiscal. El plazo de la investigación es breve, el cual no podrá exceder de 120 días, plazo prorrogable por 60 días más (artículo 48). En esta etapa, el Juez de Garantías podrá imponer al niño imputado medidas cautelares a fin de evitar el peligro de fuga o el entorpecimiento de la investigación. En efecto, el artículo 42 dice:

“Podrá imponerse al niño imputado, previa audiencia oral ante el Juez de Garantías del Joven, con la presencia del Agente Fiscal y del Defensor del Joven una o más de las siguientes o más de las siguientes medidas cautelares: a) Prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que el Juez determine; b) Prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares; c) Prohibición de aproximarse al ofendido, a su familia o a otras personas; d) Prohibición de comunicarse con determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa; e) Obligación de concurrir periódicamente al Tribunal o ante la autoridad que el Juez determine; f) Arresto domiciliario; g) Prisión preventiva”.

En relación a la prisión preventiva, es necesario realizar algunas consideraciones. En primer lugar, la ley 13.634 establece que el dictado de la prisión preventiva debe ser excepcional. (artículo 43) y como medida de último recurso y por el tiempo más breve posible (artículo 36, inciso 4). Además, la ley establece que la prisión preventiva podrá imponerse ante causas graves. Sin embargo, no se ha definido cuales son dichas causas. Aun así, pueden encontrarse parámetros para discriminar las causas extremadamente graves. Tal sería el caso cuya calificación habilita la integración de los Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil.

Además, la aplicación de una medida privativa de la libertad nunca se podrá fundamentar en cuestiones vinculadas a la pobreza del adolescente (artículo 9 de la ley 13.298 y artículo 33 de la Ley 26.061).

Por otra parte, el artículo 43 de la ley impone al juez el deber de justificar cuatro extremos al decretar la prisión preventiva deberá justificar cuatro extremos:

- 1.- Que existan indicios vehementes de la existencia del hecho y motivos suficientes para sospechar que el niño ha participado en su comisión.
- 2.- Que haya motivos para suponer que el niño pueda evadir la justicia o entorpecer la investigación.
- 3.- Que se haya recibido declaración al imputado o se hubiera negado a prestarla.
- 4.- Que no sea posible aplicar otra medida cautelar no privativa de la libertad. En ningún caso procederá la prisión preventiva cuando el delito imputado tenga una pena en expectativa susceptible de ejecución condicional, conforme a lo previsto al artículo 26 del Código Penal.

Por último, es interesante destacar que una problemática que no es propia de la justicia juvenil. En efecto, los criterios para determinar el peligro de fuga pueden ser discriminatorio contra las personas pobres (Asociación por los Derechos Civiles, 2012). Así, se ha sostenido que: “En general, se evalúa

si tienen una vivienda estable (lo cual perjudica a un niño de la calle o que viva en un villa de emergencia) o si asisten a un establecimiento educativo (en general, los sectores pobres tienen un menor índice de permanencia en las instituciones educativas).” (Freedman, 2010:240).

El juzgamiento se realiza por órganos distintos de aquellos que intervinieron en la Investigación Penal Preparatoria. En los delitos más graves, intervienen Tribunales de la Responsabilidad Penal Juvenil, mientras que en los delitos menos graves, interviene un juez unipersonal, el Juez de la Responsabilidad Penal Juvenil.

El derecho a la doble instancia judicial se efectiviza con la intervención de las Cámaras de Garantías. En esa instancia se revisan tanto decisiones de la investigación preliminar del hecho como la decisión final del juicio propiamente dicho. A diferencia del proceso de adultos en la provincia, se ha eliminado el recurso de Casación, y no se han previsto jueces para la ejecución, sino que la misma es controlada por el propio órgano que impusiere la medida a cumplir.

IV. El proceso ejecutivo de medidas y sanciones

Una vez comprobado el hecho punible y declarada la responsabilidad penal del niño, el artículo 68 de la ley 13.634 establece que el juez o, en su caso, el tribunal, podrá ordenar una serie de medidas, tales como: la orientación y apoyo socio-familiar, la obligación de reparar el daño, la prestación de servicios a la comunidad de privación a los Servicios Locales de Protección de Derechos e imposición de reglas de conducta.

Es preciso recordar que, ley 22.278, supedita la aplicación de la pena a una serie de requisitos, entre los que se incluye un tratamiento tutelar de, al menos, un año. Por ello, las medidas reguladas por este artículo 68, pueden ser de utilidad para instrumentar este “tratamiento tutelar”.

El artículo 69 de ley 13.634 señala que dichas medidas “tendrán por finalidad fomentar el sentido de responsabilidad del niño y orientarlo en un proyecto de vida digno, con acciones educativas que se complementarán con la intervención de la familia, la comunidad y el Municipio respectivo, con el apoyo de los especialistas que el Juez determine.” Esta norma se encuentra estrechamente relacionada con los postulados de la justicia restaurativa. Kemelmajer de Carlucci distingue dos tipos de justicia penal juvenil. Por un lado, la respuesta retributiva, que tiene lugar en el contexto que le impone la pena que merece, e ignora a la víctima y por el otro, la justicia rehabilitativa, que toma su lugar en el contexto del Estado de bienestar, también tiene por centro al ofensor, le provee tratamiento, busca recomponer su conducta, y del mismo modo que la anterior, ignora a la víctima. La justicia restaurativa pretende ser una tercera vía, pone la atención en el daño que tanto la víctima como la sociedad han sufrido y el modo como puede ser reparado, pero sin olvidar los postulados positivos de las dos primeras (Kemelmajer de Carlucci, 2004).

Por otra parte, en materia de ejecución penal, la ley 13.634 establece que será competente el órgano judicial que dispuso la medida (artículo 30) y la privación de libertad deberá ser cumplida en establecimientos exclusivos y especializados para niños (artículo 81).

La CDN, al igual que la ley 13.634 en artículo 6, reconoce el derecho del niño detenido a ser tratado dignamente. Así, el artículo 40.1 de la CDN establece:

“...el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”.

En el ámbito administrativo, el Poder Ejecutivo provincial dictó el Decreto 151/07, el cual crea el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil y dice que el mismo:

“...se integrará por un conjunto de organismos, entidades y servicios que, en el ámbito provincial y municipal, formularán, coordinarán, orientarán, supervisarán, ejecutarán y controlarán las políticas, programas y medidas, destinados a promover, implementar y coordinar acciones de prevención del delito juvenil, asegurar los derechos y garantías de los jóvenes infractores a la ley penal y generar ámbitos para la ejecución de medidas socioeducativas que, centradas en la responsabilidad del joven infractor, posibiliten su real inserción en su comunidad de origen.”

La ley 13.298 establece que la autoridad de aplicación del Sistema de Promoción y Protección de los Derechos del Niño deberá “atender y controlar el estado y las condiciones de detención del niño en conflicto con la Ley Penal en territorio provincial que se encontraran alojados en establecimientos de su dependencia”. En consecuencia, el Poder Ejecutivo designó como Autoridad de Aplicación al Ministerio de Desarrollo Humano (Decreto 300/05, artículo 1º).

Posteriormente, dicho ministerio dictó la Resolución 172/07 por la cual dispuso que la Subsecretaría de Minoridad (Subsecretaría de Promoción y Protección de Derechos del Niño) tiene por objetivos:

“*Diseñar y coordinar la aplicación de políticas de responsabilidad penal juvenil (...).

*Organizar el Registro de Jóvenes en Conflicto con la Ley Penal y un sistema de seguimiento de la ejecución de las sanciones y medidas dispuestas.

* Disponer la reestructuración y modificación de prácticas de las instituciones tutelares actuales, en base a los principios de la responsabilidad penal juvenil.

* Atender y controlar el estado y condiciones de detención del niño en conflicto con la Ley penal en territorio provincial que se encuentren alojados en establecimientos de su dependencia.

* Promover políticas activas de promoción y defensa de los derechos de las niñas, niños, adolescentes y sus familias”.

El 11 de diciembre del 2011, por el decreto 11/11 se creó la Secretaría de Niñez y Adolescencia bajo dependencia directa del Poder Ejecutivo. Un mes más tarde, el 12 de enero de 2012, se designó a dicha secretaría como Autoridad de Aplicación del Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños creado por la ley 13298, y su complementaria ley 13634 (artículo 4, decreto 11/12).

IV.I. Centros de referencia

El Anexo IV de la resolución 166/07 del Ministerio de Desarrollo Humano crea los centros de referencia en el marco de la Subsecretaría de Minoridad (actualmente Secretaría de Niñez y Adolescencia). El objetivo y la finalidad de dichos centros es la atención de la ejecución de medidas cautelares o sancionatorias alternativas a la privación de la libertad, ordenadas por los tribunales competentes en el marco de un proceso penal seguido a personas menores de edad. Además de la ejecución y des-concentración de programas, servicios y acciones requeridas para la implementación de la política de Responsabilidad Penal Juvenil (artículo1).

IV.II. Centro de recepción

El Anexo II de la citada Resolución 172/07 dispone que el objeto y la finalidad de los centros de recepción es el establecimientos de régimen cerrado, para el cumplimiento de la detención y de medidas preventivas de privación de libertad ordenadas por los Tribunales en el marco de un proceso penal. Tienen funciones de evaluación de los jóvenes a quienes se haya impuesto una medida judicial cautelar o sancionatoria restrictiva o privativa de la libertad ambulatoria, y de derivación a establecimiento adecuado.

Sin embargo, estos centros funcionan como centros cerrados y “su población incluye jóvenes con prisión preventiva y aquéllos que cumplen sentencia, pese a que el artículo 46 de la Ley 13.634 señala que los niños detenidos antes del juicio deberán ser separados de los condenados.” (Valgiusti, 2010:205).

IV.III. Centro de contención

A diferencia del centro de recepción, el centro de contención es un establecimiento de régimen abierto o régimen de semilibertad para el cumplimiento de medidas cautelares o sancionatorias restrictivas de la libertad ambulatoria. Se encuentra instituido en la Resolución 172/07, ya mencionada. Conforme al artículo 80 de la ley 13.634, el régimen de semilibertad “[e]s una medida de transición para la inserción en el medio abierto, posibilitando la realización de actividades externas. Si el recurso de contención es adecuado la medida podrá ser efectivizada con la modalidad de internación diurna o nocturna en ámbito domiciliario en primera instancia. De no contarse con ese recurso se hará efectiva en establecimientos especialmente destinados para este fin.”

IV.IV. Centro cerrado

Los centros cerrados son establecimientos destinados al cumplimiento de medidas privativas de la libertad ordenadas por la Justicia en el marco de un proceso penal. En 2010, el Juzgado de Garantías del Joven de La Plata hizo lugar parcialmente a un habeas corpus a favor de los jóvenes alojados en el Centro de cerrado Legarra, el cual fue interpuesto por la Comisión por la Memoria. Allí, la jueza hizo lugar a los planteos de los accionantes con relación a: “régimen de vida y trato igualitario, protección de la integridad personal ante la eventualidad de siniestros, acceso efectivo a la educación, que personal médico asista de manera permanente no solo ante la enfermedad sino también con criterio de prevención, capacitación del personal del establecimiento y prohibición de requisas vejatorias que conculquen el derecho a la intimidad de los jóvenes y de sus familiares.” (Comisión por la Memoria, 2011: 378).

V. Conclusiones

En este trabajo se analizó el desarrollo histórico y normativo de la cuestión de la infancia. A su vez, se estudiaron puntos centrales de la reforma legislativa provincial, la cual ha receptado ampliamente los estándares de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes establecidos por los organismos internacionales y regionales de protección. En efecto, se reconoció el derecho de los niños a ser escuchados en consonancia con el principio del interés superior del niño, se garantizó el derecho a la doble instancia judicial, se dispuso que la privación de la libertad debe ser la medida de último recurso, se excluyó la aplicación de penas perpetuas y se crearon órganos especializados para intervenir en los procesos penales seguidos a los niños.

Además, se establecieron medidas que podrá aplicar el juez una vez reconocida la responsabilidad penal y las cuales tienen como propósito fomentar el sentido de responsabilidad en el niño. De este modo, consideramos que la identificación del daño causado, su posible restauración y el acercamiento con la víctima del hecho punible son iniciativas que le permitirán al joven construir una subjetividad que le abra camino a su propia libertad y al respeto de los derechos de las demás personas.

Resta preguntarnos los derechos reconocidos se efectivizan en las prácticas institucionales. Mary Beloff señala que: “Indudablemente los procesos de reforma legal deben estar acompañados de una readecuación institucional, de los programas y de los servicios destinados a la infancia que permita a los niños ejercer sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales garantizados expresamente en las leyes de protección integral.” (Beloff, 2004:43).

Es por ello que, si bien la sanción de la 13.634 ha constituido un gran avance en el reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, el ámbito donde se deberá evaluar a posteriori la reforma legislativa es en el de las prácticas judiciales y administrativas.

VI. Bibliografía

ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (2012). *Prevenir no es curar. La prisión preventiva en Argentina* [on line]. Buenos Aires. Disponible en: http://www.adc.org.ar/927_prevenir-no-es-curar-la-prision-preventiva-en-argentina-practicas-y-discursos/ [Fecha de consulta: 3/4/2014].

BELOFF, Mary (2004). *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

BELOFF, Mary (2006) “Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1989-2006)”, EN: *Justicia y derechos del niño*, Santiago de Chile: UNICEF, N° 8, 9-49.

CILLERO BRUÑOL, Miguel (1997). “Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de principios”, EN: *Revista Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, Montevideo, N° 234, 1-14.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas* [on line]. Washington: OEA. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/JusticiaJuvenil.pdf>. [Fecha de consulta: 1/5/2014].

COMISIÓN POR LA MEMORIA (2011) *Informe anual 2011*. Buenos Aires: Latingráfica.

DOMENECH, Ernesto. Republicanos e Inconstitucionalizados Reflexiones sobre la inconstitucionalidad de la ley 22.278 (2008), EN: *Jornadas de Protección y Garantías en el Régimen Penal Juvenil* (2008 abril 26, Buenos Aires, Argentina).

DOMENECH, Ernesto, LESCANO, María José y JAUREGUIBERRY Inés (2010) “De niños y penas. Notas sobre el proceso de reforma en materia de infancia”, EN: UNICEF y el Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (ed.) *Temas claves en materia de Promoción y Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: UNICEF, 50-61.

FREEDMAN, Diego (2010). “Medidas cautelares y alternativas a la privación de la libertad en el régimen penal juvenil de la Ley 13.634”, EN: UNICEF y el Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (ed.) *Temas claves en materia de Promoción y Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: UNICEF, 234-275.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2004) *Justicia restaurativa: Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

LESCANO, María José y otros. ¿La ley Salvadora del Niño? Discursos y prácticas que moldean la nueva normativa en materia de infancia de la provincia de Buenos Aires. Citado en Magistris, Gabriela (2012) *El magnetismo de los derechos*. (Tesis de maestría). Buenos Aires: Universidad Nacional de San Martín.

VALGIUSTI Flavia (2010) “Nueva organización judicial y puesta en funcionamiento del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil. Articulación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial”, EN: UNICEF y el Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (ed.) *Temas claves en materia de Promoción y Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: UNICEF, 196-215.

VII. Legislación consultada

Ley N° 10.903, Patronato de menores, Boletín Oficial de la República Argentina, 27/10/1919.

Ley N° 14.394, Régimen de menores y de la familia, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 30/12/1954.

Ley N° 22.278, Minoridad, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 28/8/1980.

Ley N° 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 26/10/2005.

Ley N° 26.579, Mayoría de edad, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 22/12/2009.

Ley N° 4.664, Tribunales para menores, Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 11/2/1938.

Ley N° 13.298, Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños, Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 27/1/2005.

Ley N° 13.634, Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 2/2/2007.

Decreto-ley N° 10.067/83, Patronato de menores, Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 9/12/1983.

Decreto N° 151/07, Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 22/03/2007.

Decreto N° 11/11, Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 12/12/11.

Decreto N° 11/12, Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 8/3/12.

Resolución N° 166/07 del Ministerio de Desarrollo Humano, Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 3/7/07.

Resolución N° 172/07 del Ministerio de Desarrollo Humano, Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 4/4/07.

VIII. Jurisprudencia consultada

CNCrim.y Corr. Fed., Sala I, 6/12/2006, G.F.D. y O. s/expediente tutelar [on line]. Disponible en: http://www.infojus.gov.ar/jurisprudencia/FA06262051-gfd_expediente-federal-2006.htm?3. [Fecha de consulta: 1/5/2014].

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14/05/2013. Mendoza y otros c/ Argentina [on line]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf. [Fecha de consulta: 1/5/2014].

IX. Otros documentos consultados

Comité de los Derechos del Niño, 25/04/2007, Observación General N° 10 Los Derechos del Niño en la Justicia de Menores [on line]. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10_sp.pdf

Comité de los Derechos del Niño, 20/7/2009, Observación General N° 12 El derecho del niño a ser escuchado, [on line]. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f12&Lang=en

Comité de los Derechos del Niño, 29/5/2013, Observación General N° 14 El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) [on line]. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14_&Lang=en

Comité sobre los Derechos del Niño, 21/6/2010, Observaciones finales: Argentina. [on line]. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fARG%2fCO%2f3-4&Lang=en

Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22/11/1969.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por Asamblea General de Naciones Unidas, 20/11/1989.

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas, 14/12/1990.

Aspectos de la conflictividad

POR LUIS R. ORO TAPIA (*)

Sumario: I. Objetivo y estructura. — II. Rasgos generales de la conflictividad. — III. Dos definiciones de conflicto. — IV. Conflictos polémicos y conflictos agonales. — V. La conflictividad al interior del sujeto. — VI. Consideraciones finales a modo de conclusión. — VII. Bibliografía.

Resumen: La tradición racionalista occidental ha intentado reiteradamente expulsar la conflictividad de la vida individual y colectiva; pero no ha tenido éxito en tal aspiración, pese a las numerosas propuestas teóricas (desde los griegos hasta la actualidad) orientadas a lograr tal meta. Este artículo, por el contrario, tiene por propósito enfatizar la dimensión agonal de la política. En consecuencia, intenta demostrar que el conflicto es una realidad omnipresente; sólo cambia su intensidad (polémica o agonal) o el escenario en él que irrumpe (intersubjetivo o intrasíquico), pero nunca se extingue. Los argumentos que en este artículo se exponen están enraizados, en última instancia, en la tradición del realismo político, por consiguiente, tras sus líneas subyace una concepción trágica de la política.

Palabras clave: Índole de la conflictividad, conflictos polémicos, conflictos agonales, conflicto intrasíquico, conflicto de valores, realismo político.

ASPECTS OF THE CONFLICTIVITY

Abstract: The western rationalist tradition has repeatedly attempted to eject the conflict of individual and collective life; but has not succeeded in this aspiration, despite the numerous theoretical proposals (from the Greeks to the present) aimed at achieving this goal. This paper, by contrast, is intended to emphasize the agonal dimension of politics. Consequently, attempts to prove that the conflict is an omnipresent reality; only changes its intensity (polemic or agonal) or the stage at which it breaks (or intersubjective intra-psychic), but never extinguished. The arguments presented in this article are based, ultimately, in the tradition of political realism, therefore, behind their lines lies a tragic conception of politics.

Key words: Nature of the conflictivity, polemic conflicts, agonal conflicts, intrapsychic conflict, value conflict, political realism.

I. Objetivo y estructura

El objetivo de este artículo es demostrar que la conflictividad es inherente a los sujetos individuales y colectivos. La aproximación al objeto de estudio se llevará a cabo desde la óptica del realismo político (ORO TAPIA, 2009). El artículo consta de cuatro apartados. En ellos se explora la conflictividad de manera progresiva. Por eso, el estudio avanza desde el contorno al dintorno de la idea. De hecho, el primer apartado sólo tiene por propósito bosquejar los rasgos generales de la conflictividad. En el segundo se trata de brindar, desde una perspectiva cultural y politológica, una explicación y una definición empírica del antagonismo. En el tercero se acota el objeto de estudio a la dinámica política y se procede a distinguir entre conflictos polémicos y agonales. En el cuarto el estudio se circunscribe,

(*) Licenciado en historia (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), magíster en ciencia política (Universidad de Chile) y doctor en filosofía (Universidad de Chile). Actualmente cumple funciones docentes en la Escuela de Ciencia Política de la Universidad Central de Chile.

finalmente, a la dimensión intrasíquica del antagonismo; éste se expresa en el denominado conflicto de valores y tiene por escenario la conciencia del sujeto.

II. Rasgos generales de la conflictividad

La conflictividad es connatural a todas las agrupaciones humanas. Ninguna sociedad ha estado libre de ella y ninguna ha tenido éxito en su intento por conjurarla de manera definitiva. Tal fracaso se explica porque sus causas, en última instancia, están enraizadas en la naturaleza humana (ORO TAPIA, 2010). El conflicto —como posibilidad— es ineludible e inherente a cualquier tipo de agrupación, como en seguida lo trataré de demostrar.

El conflicto puede ser suscitado tanto por la existencia de metas contrapuestas como por intereses convergentes. En el primer caso, los actores valoran de manera diferente determinada entidad y al intentar uno imponerle sus apreciaciones a otro se suscita la disputa. En el segundo, la discordia es causada por la idéntica estimación de un bien, que al ser escaso su posesión se torna conflictiva. Entonces, el antagonismo respecto de los fines puede ser generado tanto por la heterogeneidad como por la homogeneidad de valoraciones.

Pero eso no es todo, puesto que en la eventualidad de que exista consenso respecto de la meta, el conflicto puede irrumpir como una disputa en torno a los medios para alcanzar el fin. Cuando ello ocurre las preguntas que surgen al interior de una asociación política son del siguiente tenor: ¿Qué medios son los más idóneos para alcanzar el fin? ¿Los medios más idóneos, desde el punto de vista técnico, son —necesariamente— los menos onerosos desde el punto de vista político? ¿Quién asume los mayores costos y quién resulta menos perjudicado con la elección de determinado medio para alcanzar un fin? Así como no existen fines que sean moralmente neutros o incoloros, tampoco existen medios que sean inocuos o anodinos. En conclusión, el conflicto puede estallar tanto en torno a los fines como en torno a los medios para alcanzar un fin.

El conflicto puede estallar en cualquier tipo de interacción política, debido a que no existe un objeto único —exclusivo— que suscite las discrepancias. Cualquier entidad puede suscitar una discordia. Y si ella puede irrumpir en los más variados tipos de escenarios es porque la conflictividad es inherente, connatural, a toda agrupación humana. Entonces, el antagonismo no constituye un fenómeno anormal ni patológico que se pueda eliminar definitivamente de las relaciones humanas. Por el contrario, es normal que existan desavenencias, ya sea al interior de las agrupaciones políticas o bien entre ellas. De hecho, todas las sociedades históricas de las que se tienen noticias han experimentado algún tipo de disensiones.

Dada la diversidad de objetos que pueden suscitar discordias, como asimismo de motivos que pueden detonarlas, resulta imposible reducir las pugnas a un solo tipo de antagonismo y encontrar para ellas una explicación causal única. De igual modo, tampoco existe una modalidad única de resolverlos, aplacarlos o desactivarlos. Tal indeterminación se debe —en buena parte— a que los objetos y los motivos que llevan a los sujetos a entrar en conflicto son virtualmente infinitos.

En conclusión, la diversidad de entidades y de motivos polemógenos, como asimismo de fórmulas para resolverlos, se explica —básicamente— por la historicidad de la existencia humana, esto es, por la diversidad de valoraciones o estimaciones existente tanto en el tiempo como en el espacio.

III. Dos definiciones de conflicto

En este apartado glosaré dos definiciones de conflicto, una que enfoca su objeto de estudio desde una perspectiva general y otra desde la óptica de la ciencia política. La primera corresponde al antropólogo y politólogo Marc Howard Ross y la segunda al sociólogo y politólogo Julien Freund.

Es pertinente anticipar a fin de captar la lógica del argumento de Ross, que su definición remite en última instancia a los contextos culturales en los que transcurre el antagonismo. Para Ross el conflicto

“puede definirse como las acciones de dos o más partes que contienen por el control de materiales escasos o recursos simbólicos” (ROSS, 1995: 58). Es probable, según Ross, que las interacciones entre las partes dependan de un número de factores que incluyen su relación previa y las significaciones culturales que los protagonistas impriman a sus conductas. La cultura también determina qué recursos son considerados escasos y, simultáneamente, sanciona las estrategias que están permitidas y prohibidas para acceder a su control. Por consiguiente, el dispositivo cultural también posee pautas para resolver los disensos cuando ellos se presentan.

Atendiendo a que la noción de cultura ocupa un lugar central en su planteamiento me detendré un momento en ella. ¿Cómo concibe la cultura Ross? Este antropólogo y politólogo norteamericano maneja dos concepciones de cultura: una general y otra específica.

En cuanto a la primera (la general) consigna que “la cultura consiste en determinadas prácticas y valores comunes a una sociedad en particular, que vive en un lugar perfectamente delimitado” (ROSS, 1995: 44). Así, la cultura constituye un repertorio de ideas, costumbres y valoraciones que orienta y da sentido al quehacer del grupo humano que la comparte. Tal dispositivo modela la conducta de los individuos, puesto que formatea sus actitudes y comportamientos, por consiguiente, los induce a actuar de determinada manera y a esforzarse por alcanzar aquellas metas que son estimadas como valiosas en sus respectivos orbes culturales. (1) Por cierto, la cultura —según Ross— insufla valía a determinadas entidades y al hacerlo las convierte en cosas valiosas y éstas, por ser tales, pueden suscitar conflictos entre los sujetos. El ansia de detentar la entidad que devino en valor explica por qué en determinadas configuraciones culturales los sujetos invierten en determinados bienes, tangibles o intangibles, que brindan reconocimiento, distinción, prestigio social y estatus.

De estas consideraciones se desprende una idea crucial: no todas las culturas valoran de igual manera las mismas entidades, por lo tanto, cada conflicto hay que entenderlo en su contexto cultural. De hecho, las diferencias culturales contribuyen a explicar por qué la gente en un determinado tipo de sociedad siente que sus intereses se encuentran amenazados por ciertos eventos, mientras que en otra que posee una cultura diferente, los individuos enfrentados a similares circunstancias, no creen ni por asomo que sus intereses estén en peligro.

La concepción específica de la cultura denota la existencia de normas, prácticas e instituciones que determinan qué hechos son considerados conflictivos, problemáticos o controversiales, pero al mismo tiempo también proporcionan algunas orientaciones mínimas para resolver los antagonismos.

Para explicar el alcance de la expresión *cultura del conflicto*, Ross retoma ambas concepciones de cultura y procede a enlazarlas de la siguiente manera: “La cultura define lo que la gente valora y lo que la mueve a entrar en disputas, indica asimismo formas adecuadas de comportamiento en determinadas clases de controversias y configura las instituciones en que dichas controversias deben ser procesadas” (ROSS, 1995: 44). Abarca, en suma, “todo aquello por lo que la gente lucha dentro de una sociedad; los rivales contra quienes lucha y la manera de determinar el resultado de la contienda” (ROSS, 1995: 44).

El mayor mérito del aporte de Ross estriba en remitir el motivo del antagonismo y el modo de resolución del mismo, al igual que el objeto que lo suscita, a la matriz cultural en el que él estalla. Así, la conflictividad queda impregnada de historicidad y, por consiguiente, también de humanidad, en cuanto ella sería connatural al género humano y a todos los ordenamientos culturales que el hombre ha creado.

Pero para los fines del presente estudio, la conceptualización más *ad hoc* del conflicto es la de Julien Freund. Por cierto, es la que tiene una mayor potencia interpretativa y explicativa. Tales características contribuyen a que dicho enfoque sea el más completo y el más concomitante con la visión politológica del conflicto.

(1) Para una ilustración a nivel de análisis sociológico de las relaciones existentes entre metas culturales y metas individuales, v. Robert MERTON (2002: 209 y ss.).

¿Qué es el conflicto para Julien Freund?:

“El conflicto consiste en un enfrentamiento por choque intencionado, entre dos seres o grupos de la misma especie que manifiestan, los unos respecto de los otros, una intención hostil, en general a propósito de un derecho y que para mantener, afirmar o restablecer tal derecho, tratan de romper la resistencia del otro eventualmente a través del recurso de la violencia, la que puede, llegado el caso, tender al aniquilamiento físico del otro” (FREUND, 1995:58).

De esta definición es pertinente enfatizar algunos elementos a fin de precisar cuáles son sus alcances.

El enfrentamiento o el choque es voluntario, es decir, que es de carácter intencional. Así por ejemplo, cuando dos ciclistas colisionan indeliberadamente, con todo lo dramático y bochornoso que puede ser el volcamiento, no corresponde calificarlo como conflicto. No obstante, si con posterioridad al impacto uno de los pedalistas manifiesta intención hostil se puede hablar de conflicto.

Los dos antagonistas deben ser de la misma especie. Esto implica que el conflicto es intraespecífico. Así por ejemplo, no corresponde hablar de conflicto entre el toro y el torero, y en general entre el hombre y los animales, aunque el enfrentamiento tenga por resultado el deceso de cualquiera de los dos: el vacuno o el matarife. Por ende, dicha situación no constituye conflicto, porque los sujetos de la relación son de diferentes especies.

La intencionalidad conflictiva implica una voluntad hostil porque existe la disposición de una de las partes, o bien de ambas, para causar perjuicio. Esto implica que basta la presencia del sentimiento de hostilidad en uno de los sujetos para que se suscite el conflicto, es decir, que es suficiente que uno de ellos tenga intención hostil para que se pueda configurar una situación conflictiva. Por otra parte, es pertinente consignar que existe toda una gradación de la hostilidad, que va desde la amenaza de privación de algún bien hasta la aplicación de la violencia. El uso de la fuerza puede tener por resultado, eventualmente, la destrucción física del otro.

El objeto del conflicto es generar la restauración de un derecho (positivo, natural o subjetivo) que se estima conculcado o bien la creación de una norma que pretende remediar una situación que se estima injusta. (2) En la mayor parte de los conflictos está presente cierto sentimiento de tener razón, de tener derecho a algo o de injusticia, en el sentido de una situación que se estima inicua. (3) Esto implica que toda discordia de alguna manera trata de romper el *statu quo* dado, con el propósito de crear una nueva situación de equilibrio.

En el conflicto se trata de romper la resistencia del otro. Por cierto, los antagonistas tratan de doblar la oposición de la contraparte, con el propósito de imponer una solución, un punto de vista, una determinada valoración de la realidad, etcétera. La parte vencedora para exigir el acatamiento de

(2) Así también lo consigna Ross, cuando afirma que “las situaciones objetivas por sí solas no causan conflicto, las interpretaciones de tales situaciones juegan un papel trascendental” (ROSS, 1995: 31).

(3) En este contexto resulta ilustrativo el comentario de Lewis Coser, al señalar que “el hecho de que los sentimientos de hostilidad conduzcan a una conducta conflictiva depende en parte de si la desigual distribución de derechos es o no considerada como una situación legítima. En el clásico sistema de castas de la India, el conflicto entre las castas es raro, porque tanto las castas elevadas como las bajas aceptan las distinciones de castas. La legitimidad es una de las variables concomitantes, una variable decisiva, sin la cual es imposible predecir si los sentimientos de hostilidad que resultan de una desigual distribución de los derechos y privilegios, conducirán realmente a una situación de conflicto. Para que pueda ocurrir un conflicto social entre los grupos positiva y negativamente privilegiados, ellos primero han de adquirir la conciencia de que, en realidad, son negativamente privilegiados. Deben adquirir la convicción de que son negados ciertos derechos que les corresponden. Han de rechazar cualquier justificación que se dé a la distribución tradicional de derechos y privilegios” (COSER, 1965: 40) Introduzco cursivas en las citas, a fin de enfatizar las ideas claves.

su voluntad puede recurrir a todas las artimañas imaginables. (4) El desenlace del conflicto supone el sometimiento (total o parcial) de uno de los antagonistas, ya sea a través de medios legítimos o ilegítimos.

La violencia permanece al acecho de todo conflicto. Ésta siempre es un tipo de recurso al cual, en última instancia, se puede echar mano para intentar imponer la propia voluntad a otro(s). En cuanto a la aplicación misma de la fuerza, ésta puede tener desde una motivación intimidatoria hasta la intención de causar la destrucción física del antagonista. (5)

IV. Conflictos polémicos y conflictos agonales

Freund al utilizar la palabra “*eventualmente*” en su definición de conflicto queda habilitado para establecer, posteriormente, su novedosa distinción entre conflictos polémicos y agonales. ¿Cuáles son las diferencias entre ambos? Para responder a esta interrogante es pertinente determinar cuáles son las notas constitutivas de cada uno de ellos.

En primer lugar, los conflictos polémicos se caracterizan por la inminencia del uso de la fuerza como medio para zanjar una situación contenciosa, a fin de romper la resistencia del “otro”. Esto implica que la coacción física se presenta como la principal vía para dirimir la situación conflictiva. Por tanto, la primera nota distintiva de los conflictos polémicos es el uso abierto o inminente de la violencia.

En segundo lugar, el “otro” es internalizado como enemigo, lo que supone que en última instancia se le puede combatir físicamente. Dicho de otro modo, en los conflictos polémicos el adversario deviene en una amenaza mortal, a la que es preciso destruir para asegurar la propia supervivencia.

En tercer lugar, en este tipo de conflictos la intención de emplear la violencia se manifiesta abiertamente; por consiguiente, la posibilidad de recurrir a la fuerza opera simultáneamente como un elemento disuasivo y ofensivo.

En la práctica el conflicto polémico se puede manifestar de dos maneras: como enfrentamiento bélico entre Estados soberanos (es decir, como guerra en el plano de las relaciones internacionales) y como lucha armada al interior de la asociación política (es decir, como guerra civil). En este contexto es pertinente precisar que corresponde hablar de guerra civil cuando al interior de un Estado las partes en pugna proceden a resolver sus diferencias por medios violentos (Cf. SCHMITT, 1991; FREUND, 1968: 559, 562 y 563; REX, 1985: 94 y ss.), negando de esta manera lo que constituye la esencia del Estado: el monopolio que éste tiene de los medios de coerción física.

Por último, las acciones polémicas se pueden clasificar, de acuerdo a su grado de racionalidad, en lucha y combate. En la lucha la hostilidad se manifiesta como violencia espontánea, carente de organización y desprovista de todo plan de acción a seguir. Por el contrario, el combate implica una racionalización de la hostilidad, una adecuación de los medios a los fines, por lo cual la fuerza es empleada de acuerdo a un plan previamente concebido.

(4) No obstante lo señalado, se ha intentado ordenar la heterogeneidad de medios construyendo tipologías de formas de poder. Para una visión sinóptica de las diferentes tipologías véase Tomás IBÁÑEZ (1983: 39 y ss).

(5) Nótese que Freund, no señala que la violencia constituya una nota característica que se expresa de manera ineluctable en todo conflicto. En efecto, estimo que Freund, o su traductor, utiliza cautamente la palabra *eventual*, ya que ésta indica aleatoriedad y no altas probabilidades de ocurrencia como el vocablo *virtual*, en cuanto éste último denota algo que está en potencia y que está a punto de transformarse en acto. Estas consideraciones me llevan a concluir que no todo conflicto tiene necesariamente una salida acompañada de violencia física. El uso de la palabra *eventual* le permitirá, posteriormente, a Freund efectuar la distinción entre conflictos polémicos y conflictos agonales. En cambio para otros autores, como Lewis Coser, el conflicto siempre “implica el uso de la fuerza” (op. cit. p. 153). Una página más adelante, en la 154, Coser reafirma la referida idea cuando señala que “cualesquiera que sean los objetivos de las partes en conflicto (...) es necesaria la fuerza para lograrlos”.

En cuanto a los conflictos agonales, las notas distintivas de éstos son las siguientes:

En primer lugar, el uso de la violencia en los conflictos agonales está prohibido. De hecho, la confrontación (más o menos violenta) de los conflictos polémicos deviene en rivalidad o competencia.

En segundo lugar, en los conflictos agonales el “otro” es internalizado como adversario y no como enemigo. El *status* de adversario que adquiere el antagonista supone la existencia de algún tipo de normas explícitas que regulan la contienda. No se trata de imponer la voluntad al “otro” cueste lo que cueste, sino de doblegar su resistencia por medios definidos de antemano, los cuales renuncian a la posibilidad de vulnerar la integridad física de la contraparte. Esto no implica en modo alguno que en los conflictos agonales esté siempre ausente la odiosidad. De hecho, ésta suele existir, pero no puede devenir impunemente en violencia.

En tercer lugar, la conducta conflictiva se manifiesta básicamente como competencia y rivalidad. ¿Cuál es la diferencia entre ambas? Existe competencia cuando es desconocida la cuantía de las entidades que constituyen la contraparte y la magnitud precisa del daño causado. Por otro lado, existe rivalidad cuando se cumplen las siguientes condiciones: a) que es conocida la identidad y las intenciones de la contraparte, en cuanto el antagonista está individualizado, es decir, que se sabe quién es; y b) que la contraparte constituya positivamente una amenaza para los intereses propios o un obstáculo para lograr los objetivos que los sujetos de la relación se han propuesto.

En suma, lo que caracteriza a los conflictos agonales es que tienen por escenario un ambiente en el cual existe un sistema de reglas para inhibir la utilización de la fuerza. Tales reglas generalmente están fijadas de antemano y tienen por propósito, por una parte, normar la conducta de los contrincantes y, por otra, otorgar criterios para determinar el desenlace de la contienda, precisando para ello las condiciones de la victoria. Por tanto, ellos suponen la existencia de una asociación política en la que impera la concordia interna y una sociedad en la que el árbitro supremo es el Estado.

Por otra parte, cabe consignar que en estricto rigor no corresponde hablar de conflicto agonal en el plano externo, porque en él no existe ninguna entidad soberana que otorgue normas obligatorias para todos los miembros de la comunidad internacional en lo que al uso de la violencia respecta. Y las normas que de hecho regulan las relaciones entre los actores de la escena internacional son acatadas por éstos en vistas a un buen entendimiento entre las partes, pero en estricto rigor no tienen ninguna fuerza constrictiva para exigir legítimamente obediencia. Esto implica que en el plano de las relaciones internacionales no corresponde hablar de uso legítimo de la violencia, porque ella es un recurso que se administra de acuerdo a los intereses de los Estados y su único fundamento es la voluntad soberana de los mismos. Desde el punto de vista del realismo político, en efecto, la soberanía de un Estado se extiende hasta donde su poder se lo permite (ORO TAPIA, 2006: 21-32).

V. La conflictividad al interior del sujeto

La situación de un individuo que vive en una sociedad compleja es análoga a la de un punto constituido por el cruce de las hebras de una telaraña. Un individuo —desde dicha perspectiva— es un nodo que está conformado por la intersección de varias líneas de fuerza que tiran de él, pero que simultáneamente lo configuran como sujeto social. Tal convergencia dota al sujeto de una pluralidad de aristas que fortalecen su inserción en el mundo. Pero también lo pueden tensar. Pueden, incluso, llegar a desgarrarlo. Ello suele ocurrir cuando una de las hebras —del tejido social en que está inserto— tira de él con la expectativa de monopolizarlo. Pero tal demanda de exclusividad va en desmedro de otras aristas que también contribuyen a conformar su personalidad. En tales circunstancias una lealtad ahoga a la otra, una arista quiebra a la otra, y así el sujeto queda fracturado.

Por eso, no es insólito que a un sujeto que vive en una sociedad compleja se le planteen dilemas, e incluso encrucijadas, que no sólo lo hacen entrar en pugna consigo mismo (conflicto unipersonal o intrasíquico), sino que también con otros sujetos (conflicto social, en el más amplio sentido de la palabra). Tal situación, no es infrecuente en las sociedades pluralistas, especialmente cuando estallan conflictos de bienes que involucran a un individuo que participa simultáneamente en diferentes esfe-

ras de la sociedad y más aún si él tiene intereses comprometidos en distintos ámbitos de ella. Dichos intereses pueden ser de diversos tipos y de diferentes magnitudes.

Dada la índole de las sociedades pluralistas un mismo sujeto puede ser afectado, a raíz de un mismo evento, de manera positiva en un ámbito y de manera negativa en otro. ¿Qué hacer? ¿Cuál de ellos preterir? ¿Por cuál de ellos abogar? Proteger a uno implica vulnerar —o por lo menos postergar— a otro u otros. Tal eventualidad no es insólita en las sociedades complejas, pues en ellas “en casi todas las tomas de posición importantes de hombres reales se entrecruzan y entrelazan las esferas de valores” (WEBER, 1998: 91. v. WEBER, 1993: 238). De hecho, al hombre le atan obligaciones hacia diversos *philoí*, es decir, con diferentes “familias” de sentimientos y es tironeado por cada una de ellas (NUSSBAUM, 1995: 98). Por cierto, la afectividad de los individuos es interpelada y requerida por distintas pasiones, las cuales suelen exigir exclusividad. Pero tal demanda de monopolio, a veces, es incompatible con impetraciones de similar índole que provienen de otras pasiones que están enraizadas en otros intereses y otras esferas de valor.

Pese a la evidencia empírica, los conflictos de valores tienden a ser negados por la tradición intelectual occidental. El racionalismo ha intentado, sin mayor éxito, expulsar la dimensión trágica (ya sea de la vida individual o colectiva) que conlleva toda contienda de bienes. (6) Desde la perspectiva de dicha tradición la pugna de valores suele ser considerada “como una patología del pensamiento social y moral, y como algo que debe superarse, ya sea teorizando, como lo hace la tradición de la filosofía analítica y sus ancestros, o mediante un proceso histórico, como la interpretación hegeliana y marxista” (WILLIAMS, 1993: 98). (7) Pero los valores rara vez conforman un entramado de bienes que coexisten sin fricciones entre sí. De hecho, en la vida, tanto de los sujetos individuales como colectivos, los valores distan de estar perfectamente ensamblados. Motivo por el cual entre ellos surgen discordias, arritmias, disonancias.

¿Por qué los valores no constituyen un conjunto armónico, un puzzle de piezas que calzan cabalmente o una sinfonía en la que cada nota está en concordancia con las demás? Porque ellos son *plurales, incommutables y conflictivos*. ¿Qué denota cada una de dichas propiedades?

El hecho de que sean *plurales* significa que existen diferentes familias de valores que pueden estar entre sí en relación de conflicto o cooperación. Esto implica que pueden existir incompatibilidades o, por el contrario, avenencias entre ellas. El origen de tal pluralidad remite a las diferentes concepciones de la realidad, del mundo y de la vida que tienen tanto los individuos como las agrupaciones que ellos conforman. Una cultura pluralista supone una visión del mundo basada en la creencia de que la diferencia, y no la semejanza, el disenso, y no la unanimidad, el cambio, y no la inmutabilidad,

(6) ¿Cuándo una situación es trágica? En las situaciones trágicas se produce una colisión de maneras de pensar, sentimientos y valoraciones, ya sea en la conciencia de los individuos o al interior de las agrupaciones que ellos conforman. Los conflictos trágicos son difícilmente dirimibles. ¿Por qué? Porque en ellos no se suscita una lucha entre el bien y el mal, sino que entre valores que son igualmente dignos, pero que en determinadas circunstancias no sólo son incompatibles, sino que además se autoexcluyen con vehemencia. Y cuando ello ocurre se produce un desgarramiento en la conciencia moral del sujeto. Por cierto, estamos en presencia de un conflicto trágico cuando existen requerimientos morales opuestos que recaen sobre un mismo sujeto, pero con el agravante de que ninguno de los valores en pugna puede supeditar al otro sin que, al menos, uno de ellos resulte lesionado. En conclusión, el conflicto trágico no es entre el bien y el mal, sino que entre posiciones que son parcialmente razonables, puesto que siempre existen porciones de sensatez en cada una de ellas. Sin embargo, dichas posiciones no se auto-interpretan como puntos de vistas parciales, sino que —por el contrario— como perspectivas únicas, absolutas e incontrovertibles. Motivo por el cual ambas son intransigentes y se excluyen mutuamente (Cf. KAUFMANN, 1978: 308-313). Véase también el trabajo de Martha NUSSBAUM (1995: 53-60).

(7) Pero si el antagonismo de valores no es necesariamente patológico, ni es consecuencia de un desliz de la razón; entonces, sería “un error considerar la necesidad de eliminar el conflicto como una demanda puramente racional, del tipo que se aplica a un sistema teórico” (WILLIAMS: 109). Además, el intento de superar de manera definitiva el conflicto es una de las características del pensamiento utópico. Su forma básica, consiste en “suponer que se puede alcanzar una sociedad en que todas las características humanas genuinamente valiosas puedan exhibirse igual y armoniosamente” (WILLIAMS: 103).

constituyen la vida buena (Cf. SARTORI, 1991: 110-112). Por lo cual las probabilidades de que estallen conflictos de valoraciones se incrementan en ella.

¿Qué significa que los valores últimos sean *incommutables*? Significa que los valores, y sobre todo los valores teleológicos (como la salvación del alma, la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad), no se pueden permutar —para evitar la discordia— por otros valores sin que en el canje cada uno de ellos permanezca incólume, es decir, sin que pierdan algo de su valía y dignidad. De hecho, las fricciones entre los valores, o entre las familias de valores, no se pueden reducir a cero mediante la construcción de jerarquías de bienes o de sistemas racionalmente perfectos, pero inviables en la práctica. Tal irreductibilidad implica dos cosas. Primera: que la colisión entre ellos es, en última instancia, ineludible. Segunda: que la confrontación de bienes necesariamente conlleva perjuicio para una de las partes en conflicto o para ambas. Y puesto que los valores se hacen operativos a través de conductas concretas —que asumen sujetos individuales o colectivos—, las pérdidas de valía y dignidad también recaen sobre sujetos concretos.

Por eso, quizás, la necesidad de superar el antagonismo de valoraciones y las dolorosas fracturas morales que él suscita —tanto a nivel individual como colectivo— obedece más a una compulsión existencial (individual o social) que a un imperativo del pensamiento racional o a una exigencia exclusivamente lógica, debido a las laceraciones que tal antagonismo produce en la conciencia moral del sujeto.

Si las relaciones entre las familias de valores, o entre los valores al interior de una misma familia, son *conflictivas* es porque entre ellas —o ellos, según corresponda— existen incompatibilidades que son insuperables. Ahora bien, para que el antagonismo entre los valores en pugna se pueda atenuar es necesario que ocurra una de las siguientes posibilidades:

a) Que uno subordine a otro. En tal caso, la simetría (entendida como un contrapunto o relación de antípodas) deviene en asimetría. Por consiguiente, uno de ellos se torna más valioso y más digno en desmedro del otro.

b) Que ambos lleguen a un acuerdo condicionado. En tal caso, ambos se relativizan y pierden así algo de su valía y dignidad.

c) Que uno destruya a otro. En tal caso, uno deprecia o niega radicalmente al otro, hasta el punto de convertirlo en *algo* “no valioso” o, simplemente, en un “anti-valor”.

¿Cuáles son las consecuencias de tal pugna? El antagonismo, en los tres casos mencionados produce ciertos costos que deben ser asumidos por una de las partes en pugna o bien por ambas. Así, por ejemplo, en los escenarios *a* y *c* sólo uno de los valores en pugna resulta damnificado, y en el escenario *b* ambos resultan parcialmente lesionados.

Planteadas así las cosas, es plausible afirmar que no existe un canon absoluto que tenga validez universal e intemporal —esto es, un referente incontrovertible, ubicuo y ucrónico— a partir del cual se pueda resolver cualquier antagonismo de valoraciones, que se presente en cualquier sociedad y en cualquier tiempo histórico. En consecuencia, desde el punto de vista puramente existencial —es decir, histórico y concreto— los conflictos de valoraciones difícilmente pueden resolverse sin que una de las partes en pugna (o bien ambas) resulten, por lo menos, parcialmente damnificadas.

VI. Consideraciones finales a modo de conclusión

El conflicto no se puede extirpar de la vida sociopolítica. Es posible alterar sus objetivos, sus medios y su objeto —es decir, la entidad que lo suscita—, e incluso es posible controlar su intensidad, pero no es posible eliminarlo. Puede ser polémico o agonal, puede estallar entre sujetos individuales o colectivos, o bien puede tratarse de conflictos íntimos que se desarrollan en la mente de cada individuo, pero cualquiera sea su forma y su escenario es imposible conjurarlo de manera definitiva. Se puede detestarlo, pero no negarlo. ¿Significa esto que la paz es una quimera? No, pues la paz —desde la perspectiva del realismo político— no es otra cosa que el aplazamiento de la lucha desembozada (ORO

TAPIA, 2010). La conflictividad en los períodos de paz, deviene en formas menos ostensibles de antagonismo, de tal manera que la pugna se insinúa de manera discreta y con un bajo nivel de intensidad. Ella, en efecto, puede decrecer en magnitud y mudar la forma en que se expresa, pero no se extingue, sigue vigente de manera latente. En conclusión, el conflicto es connatural a la política, motivo por el cual él persiste y no se puede erradicar, pero sí atenuar y controlar parcialmente (Cf. WEBER, 1993: 247; 1992: 31 y 1096; 1991: 166).

VII. Bibliografía

- COSER, Lewis, 1965. *Las funciones del conflicto social*. México: Fondo de Cultura Económica.
- FREUND, Julien, 1985. *Sociología del conflicto*. Madrid: Editorial del Ministerio de Defensa.
- FREUND, Julien, 1968. *La esencia de lo político*. Madrid: Editora Nacional.
- KAUFMANN, Walter, 1978. *Tragedia y filosofía*. Barcelona: Seix Barral.
- MERTON, Robert, 2002. *Teoría y estructuras sociales*. México: Fondo de Cultura Económica.
- NUSSBAUM, Martha, 1995. *La fragilidad del bien*. Madrid: Visor Ediciones.
- ORO TAPIA, Luis, 2006. *El poder: adicción y dependencia*. Santiago: Brickle Ediciones.
- 2009. “En torno a la noción de realismo político”, En: *Enfoques de Ciencia Política*, Santiago de Chile, N° 10.
- 2010. “Notas sobre el equilibrio de poder”, En: *Enfoques de Ciencia Política*, Santiago de Chile, N° 12.
- 2010. “Visión de la naturaleza humana desde el realismo político”, EN: *Co-herencia*, Santiago de Chile, N° 13.
- REX, John, 1985. *El conflicto social*. Madrid: Editorial Siglo XXI.
- ROSS, Marc Howard, 1995. *La cultura del conflicto*. Barcelona: Paidós.
- SARTORI, Giovanni, 1996. “Los fundamentos del pluralismo”, En: *Revista La Política*, n° 1.
- SCHMITT, Carl, 1991. *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza Editorial.
- WEBER, Max, 1992. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- 1991. *Escritos políticos*. Madrid: Alianza Editorial.
- 1988. *Teoría de las ciencias sociales*. Santiago: Editorial Ercilla.
- 1983. *Ensayos sobre metodología sociológica*, Buenos Aires: Editorial Amorrortu.
- WILLIAMS, Bernard, 1993. *La fortuna moral. Ensayos filosóficos 1973-1980*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Holocausto y proceso. De los prolegómenos de la guerra hasta la solución final (2ª parte)

POR HÉCTOR ZIMERMAN (*)

Sumario: I. Introducción. — II. “La Noche de los Cristales Rotos”, 11 de noviembre de 1938. — III. El conflicto bélico y la guerra contra los judíos. — IV. Las soluciones territoriales: 1. El Plan Nisko; 2. El Plan Madagascar; 3. El Plan Siberia. — V. Los Einsatzgruppen y el Holocausto. — VI. “La Solución Final, final”.— VII. Holocausto y memoria. — VIII. Bibliografía.

Resumen: El artículo trata como segunda parte del tema “holocausto y proceso”, los prolegómenos de la Segunda Guerra, y el intento nazi de hallar con la “solución final”, la respuesta definitiva a lo que llamaban “la cuestión judía”, en toda Europa.

Palabras clave: Holocausto, proceso, solución final.

HOLOCAUST AND PROCESS. FROM THE PROLOGUE OF THE WORLD WAR II TO THE FINAL SOLUTION (SECOND PART)

Abstract: This article try about, the prologue from the second war until the final solution, like a answer to the “jewish question” that start in Germany, and then to all nazi Europe.

Key words: Holocaust, process, final solution.

I. Introducción

Al margen de la discusión dentro de las corrientes existentes respecto de la motivación y finalidad en procura del apartamiento hasta la desaparición de la población hebrea en Europa, en principio se podrían reducir a dos las posturas sobre la “cuestión judía” o el “problema judío”. Las posiciones “intencionalista” y “funcionalista” —esta última también llamada “estructuralista” (ARAD, GUTMAN y MARGALOT, 1996)—. Durante el año 1938 y parte de 1939, se demarcaron el tiempo y el espacio donde se comenzaría a concretar la Solución Final, que conforme a las circunstancias, trazaron varias soluciones hasta alcanzar la eliminación de la judería europea. Para los intencionalistas el propósito público de Hitler surgió en forma temprana desde la escritura de *Mein Kampf*, y la determinación se anunciaba de manera explícita en el discurso pronunciado por el Führer en el Reichstag el 30 de enero de 1939, en el aniversario de la toma del poder por el nazismo en la República de Weimar, al premiar a Hitler con el cargo de Canciller en 1933. En su texto, *Mi Lucha*, la referencia explícita en términos de eliminación física es la que se transcribe:

(*) Decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste, 1998-2006. Vicerrector de la Universidad Nacional del Nordeste, 2002-2006. Profesor titular de Derecho Político, UNNE, 1998. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Político, 2005-2010. Doctor en Derecho, UNNE. Máster en Relaciones Internacionales, UB. Magíster en Epistemología y Metodología de la Investigación, UNNE. Premio Derechos Humanos, Asociación Internacional Bnai Brith, 2009, Filial Argentina. Ciudadano Ilustre de la ciudad de Corrientes, 2012. Miembro honorario de la Junta Histórica de la Provincia de Corrientes, 2011. Docente investigador del Instituto Internacional sobre Estudios del Holocausto, Yad Vashem, Jerusalem, Israel. Responsable a cargo de la Cátedra Libre de Derechos Humanos, Genocidio y Holocausto, UNNE. Derecho Político.

“Si en el comienzo y durante la Guerra se hubieran también sometido a la prueba de los gases asfixiantes a unos doce o quince mil de esos judíos, corruptores de pueblos, prueba que en los campos de batalla sufrieron centenares de miles de nuestros trabajadores, de todas las categorías, no se habría cumplido el sacrificio de millones d nuestros compatriotas en las líneas del frente” (HITLER, 2002: 496).

Una interesante revisión de las posturas estructuralistas y funcionalistas se pueden encontrar en *El canon del Holocausto* (FINCHELSTEIN, 2010), donde se hace referencia a la monumental obra de Hilberg, sobre la destrucción de la judería europea, -estructuralista-, y la revitalización de la posición funcionalista con GOLDHAGEN en *Los verdugos voluntarios de Hitler*.

En el discurso del Reichstag, en más de un párrafo, alude a la lucha entre la raza aria y la judía, el peligro que implica la última, y la necesidad de aniquilarla:

“En este día, memorable tanto para nosotros los alemanes como para los demás, quisiera declarar esto. Más de una vez en el curso de mi vida he sido profeta, y siempre me han ridiculizado por ello. Durante mi lucha por el poder, cuando decía que llegaría un día en que yo tomaría el mando del Estado, y con él, de toda la nación, y que entonces, entre muchas otras cosas, solucionaría el problema judío, fue la raza judía la que, en primer lugar, acogió mis profecías con risas. Pero tengo la impresión de que ya se están atragantando con sus propias risas.

“Hoy voy a ser profeta una vez más; si los financieros internacionales judíos de Europa y de fuera de ella, logran arrastrar de nuevo a las naciones a una guerra mundial, entonces, el resultado no será la bolchevización de la tierra y con ello la victoria del judaísmo, sino el aniquilamiento de la raza judía en Europa.

“Las naciones ya no desean mas morir en los campos de batalla para que esta raza internacional, sin raíces, pueda aprovecharse de negocios de la guerra o satisfacer la venganza del Antiguo Testamento. La consigna: ‘Trabajadores del mundo, uníos’ va a ser vencida por una idea más elevada: ‘Trabajadores de todas las naciones, reconoced vuestro enemigo común’” (ARAD, GUTMAN y MARGALIOT, 1996: 146).

Para los seguidores estudiosos del funcionalismo, la Solución Final —*endlosung*— no fue pensada ni implementada desde el mismo comienzo de la dictadura hitleriana, y en este sentido, la “cuestión judía” —*judenfrage*— originalmente se elaboró pensando en una Alemania libre de judíos —*judenfrei*—, y luego de no conseguir el propósito primario, las medidas consiguientes fueron más duras, incluso, sin posibilidades de volver atrás, lo que lleva a prestigiosos autores a participar del concepto de “radicalización acumulativa”.

Esta conceptualización es la que nos pone en la disyuntiva de tomar inicialmente en este escrito el año 1938, como “bisagra” de lo que acontecería después de la invasión de Polonia y la determinación de la aniquilación del judaísmo, no solo en Europa sino, de ser posible, a nivel planetario. Por ende, en la media que transcurra el relato, la Solución Final, puede llevar más de una interpretación y más de un posicionamiento, hasta la Conferencia de Wannsee, donde la jerarquía nazi discute la logística, no la decisión definitiva de “No más judíos a nivel mundial”.

“Moreover, the conceptual framework of the intentionalist-functionalist debate bedeviled even the halfway positions. Insofar as there was a clare intention, it was Hitler’s; to “secondary” motives not in themselves genocidal; some authors —non more influential than Raul Hilberg— emphasized the blind obedience of a bureaucracy; others, following Hans Mommsen and Martin Broszat, foregrounded the pulls and pushes of a deformed political system. One does not not have to subscribe to Daniel Goldhagen’s view of a unique German “eliminatory antisemitism” to agree that such motives for participation are wanting as an explanation for the trajectory and outlook of the men around the Wannsee table” (ROSEMAN, 2003: 7). (1)

(1) Roseman también discute el “valor” de la Conferencia de Wannsee, donde en su entendimiento la “Solución Final”, ya se había decidido tiempo atrás el año anterior después de la invasión a la Unión Soviética (ver Holt and Company, 2003).

Lo que hemos entendido como prolegómenos de la guerra, especialmente en el año 1938, han sido los siguientes acontecimientos:

Primero: en marzo tuvo lugar la anexión de Austria por parte de Alemania. Hitler ya había anticipado en 1936 su deseo de volver a la Gran Alemania, ya que por un acuerdo del 11 de julio de 1936 con el gobierno austríaco se reconocía Austria como un Estado alemán. A cambio de permitir la participación orgánica del Partido Nazi austríaco en el gobierno. El cargo recayó en Arthur Seyss-Inquart, un abogado pro-nazi. Dicha maniobra también provocó la expulsión de Odilo Globocnik. (2)

Un hecho desencadenante fue la reunión de Hitler con Schushnigg el 12 de febrero de 1938 en Berchtesgaden organizada por el canciller Von Papen, constituyendo la base de las amenazas la utilización de la fuerza para que Austria accediera las demandas de Hitler. Frente a un Seyss-Inquart que había entrado en un proceso de debilidad, el 9 de marzo sorpresivamente Schussnigg anunció la celebración de un plebiscito el día 13 para que los votantes estaban de acuerdo con una “Austria libre y alemana. Independiente y social, cristiana y unida y de la libertad y el trabajo, la igualdad de todos los que se pronuncien por el pueblo y la patria”. (3)

El 11 de marzo las manifestaciones habían sacudido a todo el país, y Goering ya había plasmado un segundo ultimátum. Schushnigg en horas de la tarde denunció el ultimátum pidiendo la unidad del pueblo, pero a las 5:30 de la madrugada del día siguiente las tropas alemanas invadieron territorio austríaco sin resistencia alguna.

El 13 de marzo, el gabinete austríaco reconstituido anunciaba la anexión (Anschluss) por medio de una ley dando lugar a la Gran Alemania (Grossdeutschlan). Sin demoras también comenzó la “arianización” de Austria, mediante la apropiación de las propiedades judías. A fines de 1938 de un total de 70.000 propiedades, 44.000 ya habían pasado a manos germanas. Aún así, la “cuestión judía” se acrecentaba, la población que había emigrado de Alemania entre 1933 y 1938, se compensaba con la que quedaba encerrada en Austria, en un número aproximado de 200.000 judíos.

Segundo: explica Reitlinger (4) lo que ha denominado “El estado dentro del Estado”, tomando como pauta el predominio de las SS (Schutzstaffel) y su funcionamiento como Escuadrones de Protección o Tropas de Elite, y su intervención gradual como fuerza paramilitar gracias a la famosa “noche de los cuchillos largos” y las purgas efectuadas dentro de las SA (Sturmabteilung), las Tropas de Asalto, incluyendo la muerte de su cabecilla Ernst Rohm (1934), las Leyes de Nuremberg (1935-1938) y la avanzada antisemita que consolidó el poder de Himmler, “ el arquitecto” de la Solución Final, según Breitman, y Adolf Eichmann, “ el ministro de la Muerte” en opinión de Quentin Reynolds. (5) El aporte de ambos para sellar el camino del Holocausto tuvo como ingrediente esencial la judeofobia extrema de Reinhard Heydrich, que fue escalando hasta quedar a cargo de la oficina de seguridad del Reich, convencido que una Alemania libre de judíos era el camino para el futuro alemán.

Luego de la anexión de Austria Eichmann fue trasladado a Berlín como parte de la unidad especial de la sección II 112. Entre sus antecedentes ya aparecían los públicos y los anónimos según Stangnth (6): “La

(2) Aquí se puede consultar el texto “1938”, donde se reseñan mes por mes los acontecimientos que determinaron la anexión de Austria.

(3) EVANS, en *El III Reich en el poder*, cuenta con un capítulo especial sobre la concreción de la Gran Alemania.

(4) Reitlinger, en otra obra, explica el diseño y la funcionalidad de las SS “como un Estado dentro del Estado alemán”, situación que se potencia cuando Himmler queda al mando absorbiendo las demás organizaciones que servían al Reich tanto oficializadas como las paramilitares.

(5) Richard Breitman y Quentin Reynolds llaman a Himmler y Echmann “Arquitecto” y “Ministro” de la muerte, respectivamente, de forma convencional en los títulos de sus obras. Se pueden consultar *The Architect of Genocide. Himmler and the final solution* (BREITMAN) y *Minister of Death* (REYNOLDS Y KATZ - ALDOUBY).

(6) Stanght cita párrafos de otros autores. Las biografías sobre Eichmann son numerosas, y posiblemente después de Hitler sea el personaje más conocido del Nazismo, luego del juicio que se efectuara en Tel Aviv por sus actos criminales.

primera imagen pública que proyectó Eichmann a partir de mediados de 1937 (en este caso entre los judíos) es la de un hombre joven que parece ‘inteligente y rápido’, pero se molesta cuando se lo llama por el nombre en lugar del título”. Aquí se alude al relato Ernst Marcus sobre los años 1938-1937: “incluso le gusta quedar en el anonimato... y la mención de su nombre luego del título oficial Señor Comisionado le parecía un agravio... es difícil reconstruir el momento exacto en que pasó de observador silencioso y discreto a conspicuo miembro de la raza superior”.

La aparición de Eichmann en el Servicio de Seguridad del Reich (Sicherheitsdienst) se remonta a 1934 bajo el liderazgo de Heydrich, pero quizás el trampolín para codearse con la elite del nazismo, donde se encontraba Himmler, se instaló en agosto de 1938 al hacerse cargo de la Agencia Central para la Emigración Judía (Zentralstelle Für Jüdische Auswanderung), consiguiendo gracias a su labor la apertura en Berlín de la Oficina Central del Reich para la Emigración Judía (Reichszentrale Für Jüdische Auswanderung). A partir de esta entronización, Eichmann no escatimaría esfuerzos en hallar la “Solución Final” al problema judío.

En esta etapa de búsqueda, la solución se relaciona con un “Reich libre de judíos”. Las agencias de la Oficina Central de Berlín funcionarán como parte de la política de emigración con su apertura en Viena y Praga —esta última luego de la incorporación de Bohemia y Moravia al Reich como Protectorado—.

Tercero: un decreto del 5 de octubre de 1938 exigió que los pasaportes judíos se sellaran con la letra “J”. Cualquier pasaporte identificado con la “J” de judío un permiso especial para dejar el país. El apuro en lograr la salida de los judíos de Alemania y Austria tuvo una secuencia atendible y gradual, aunque contradictoria. Mientras que a la medida de limitar la emigración poniendo la “J” en los pasaportes, esta delación daba la posibilidad de utilizar cualquier justificativo a los países limítrofes. Aun por expulsión, los refugiados necesitaban una nación que los reciba en regla.

Lo contradictorio y paradójico es que pocos días después del Acuerdo de Munich, un episodio originado en Francia tuvo su desenlace en Alemania y Austria con el pogromo conocido como *Kristallnacht* o “La Noche de los Cristales Rotos”. (7)

Richard Overy (8) relata así el Acuerdo de Munich:

“Se convocó para el 29 de setiembre una Conferencia en Munich que reuniría a Alemania, Gran Bretaña, Francia e Italia (pero no a los checos). Durante el resto del día se pudo comprobar que Hitler estaba de mal humor por haber tenido que renunciar a su primera guerra, presionado por sus propios asesores y otras grandes potencias. Su primera prueba como nuevo caudillo supremo de Alemania había terminado antes de comenzar. Durante la reunión celebrada en Munich al día siguiente los debates volvieron sobre lo discutido por Hitler y Chamberlain el 15 de setiembre. Se acordó conceder el derecho de autodeterminación a los Sudetes, lo cual en realidad significaba la unión con Alemania, aunque los límites geográficos precisos de esa zona seguían suscitando muchas diferencias. Hitler se comprometió a ocupar la región, sin invadirla, a partir del 1º de octubre. A la 1:30 de la mañana del 30 de setiembre se firmó oficialmente el Acuerdo. Poco después Hitler recibió brevemente a Chamberlain en sus dependencias privadas, donde aceptó firmar un papel renunciando a la guerra entre sus dos países y la necesidad de consultarse mutuamente en cualquier gran diferencia que tuvieran. Ni Hitler ni Chamberlain se tomaron muy en serio el papel, pero los británicos querían que eviden-

(7) El especialista Martin Gilbert ha escrito un libro específico sobre Kristallnacht (2007).

(8) El acuerdo entre la Unión soviética establecía el reparto de Polonia en sus cláusulas principales así: “2) En caso de organización territorial y política de las áreas pertenecientes al estado polaco, las esferas de influencia de Alemania y la Unión Soviética tendrán como límite aproximado la línea marcada por los ríos Narev, Vístula y San. La cuestión de si los intereses de ambas partes harán deseable el mantenimiento de un Estado polaco independiente y que límites tendría éste solo podrán determinarla definitivamente posteriores procesos políticos. En todo caso, ambos gobiernos resolverán esta cuestión por medio de un acuerdo cordial... 4) Ambas partes considerarán este protocolo como algo absolutamente secreto”.

ciara cualquier muestra de mala fe que los alemanes pudieran permitirse en los meses posteriores al Acuerdo de Munich. La buena fe de Hitler era limitada; su apetito, más que apaciguarse con Munich, se había avivado. El 2 de octubre le dijo a Goebbels que destruiría el resto del Estado checo en cuanto pudiera. El 21 del mismo mes ordenó a la Wehrmacht que concibiera nuevos planes para la posible ocupación del resto de Checoslovaquia y la toma del territorio de Memel, cedido a Lituania en 1919. Tres días pidió a Ribbentrop que iniciara conversaciones con Polonia sobre la posibilidad de construir una carretera y una vía férrea que cruzaran el llamado ‘corredor polaco’, también cedido en 1919, para que así Alemania retomara el control del puerto de Danzig” (OVERY, 2013: 193).

Hitler seguía adelante con sus reivindicaciones territoriales consiguiendo más con la amenaza de la guerra, en tiempos de paz. Aún así la cuestión judía seguía siendo un capítulo importante sin salir tanto para el Führer como para la plana mayor, donde descollaban, Goebbels, Göring, Himmler, Heydrich y el catapultado Eichmann.

La “solución territorial” ya había comenzado su aceleración con la deportación de los judíos austríacos a Nisko (Lublin), a partir del 20 de octubre, quedando a cargo de la comunidad judía de Viena la organización de los transportes, *Kristallnacht* se convertirá en el disparador de la persecución, el encierro, la concentración, y la muerte a nivel físico. En lo material, la destrucción de: sinagogas, escuelas, cementerios, viviendas, y comercios judíos, provocó pérdidas millonarias, de las que tuvieron que hacerse cargo las comunidades judías, por la reparación de todo aquello que fuera de dominio germano.

El “motivo” que adujeron los nazis, fue nuevamente la existencia de un complot internacional judéo-bolchevique, y su muestra palpable era la muerte del Tercer Secretario de Embajada en Berlín Ernst Von Rath en manos del joven estudiante judío de origen polaco: Herschel Grynszpan, al anoticiarse de la situación de su familia que había sido expulsada de Alemania y a la que tampoco dejaban ingresar a Polonia. El informe de Heydrich (9) que reseña el saldo de los acontecimientos del 8 al 9 de noviembre.

II. “La Noche de los Cristales Rotos”, 11 de noviembre de 1938

Hasta el momento, los informes recibidos de las Oficinas de la Policía del Estado ofrecen el siguiente saldo general sobre el 11 de noviembre de 1938; en numerosas ciudades se produjeron saqueos en tiendas y negocios judíos. Se tomaron medidas drásticas para evitar más saqueos. Las cifras que figuran en los informes (815 negocios destruidos, 29 almacenes incendiados o destruidos de otro modo, 171 viviendas quemadas o destruidas) indican, salvo en los casos de incendio, solo una parte de la destrucción conocida hasta el momento. Dada la urgencia de dar cuenta del asunto, los informes disponibles, hasta el momento han tenido que limitarse a expresiones generales como “numerosos” o “destruidos la mayoría de los negocios”.

En consecuencia, puede que las cifras aquí reflejadas se superen con creces.

Fueron incendiadas 191 sinagogas y otras 76 quedaron completamente destruidas. Además, once centros comunitarios, oratorios de cementerios y otros lugares de reunión judíos fueron igualmente incendiados y otros tres quedaron totalmente destruidos. Unos veinte mil judíos fueron detenidos, así como siete arios y tres extranjeros. Estos fueron retenidos para garantizar su propia seguridad.

“Se ha informado de la muerte de 36 personas y de que otras 36 resultaron gravemente heridas. Los muertos y heridos son judíos. Un judío está aún desaparecido. Entre los fallecidos judíos hay un ciudadano polaco, entre los heridos, dos”.

(9) Reinhard Heydrich era el responsable de la Oficina Central de Seguridad del Reich (Reichsscherheits-hauptamt, RSHA), uno de los participantes de la Conferencia de Wannsee, y operador directo en la Solución Final. Designado a cargo del Protectorado de Bohemia y Moravia fue asesinado en una emboscada organizada presumiblemente por la resistencia checa. La matanza masiva de los judíos en Polonia lleva como nombre Aktion Reinhard en su honor.

Kristallnacht, como parte de la “arianización” de Alemania y Austria, significó el inicio de la persecución sistemática a la comunidad judía, y probablemente el comienzo del Holocausto. A esto contribuyó la indiferencia de la comunidad internacional, y la pérdida de todos los derechos civiles, sociales, y políticos, libertades que quedaron a merced de la política totalitaria nazi. Si bien Longerich (10), distingue la existencia de etapas en este proceso de “arianización”, *Kristallnacht* se convertiría en un camino de ida sin retorno. Al respecto citamos la periodización del autor.

La arianización, según Longerich, dejaba como resultado a cuestiones puntuales, en relación al problema judío. En principio, la eliminación de los judíos de la economía no traía mayores repercusiones. En segundo lugar, la economía del tercer Reich estaba consolidada y su dependencia de las exportaciones había declinado. Por otra parte, la arianización no representaba a la larga un factor extremadamente relevante en la vida económica. La conclusión de este autor es que la tercera fase relativa a la política nacionalsocialista en la cuestión judía, se introdujo tardíamente en 1937, se intensificó en la primavera de 1938, y se implementó definitivamente con el pogromo de 1938. En términos de Longerich: la tercer fase de política nacionalsocialista sobre los judíos significó una conclusión de “arianización legal”, y brindó una oportunidad al NSDAP y su clientela de extender su influencia en la esfera económica., a la par que llevó a la comunidad judía a vivir en las sombras. “*The regime no longer only controlled the professional careers of Jewish Germans, their possessions and their everyday behaviour; it had now elevated itself to become master of life and death*” (LONGERICH, 2012: 97).

III. El conflicto bélico y la guerra contra los judíos

Para acercarnos un intento más de comprensión del holocausto como proceso, además de trabajar las teorías “funcionalista” e “intencionalista”, debemos detenernos en los resultados inmediatos de la invasión de Polonia el comienzo de la guerra; a) la expansión territorial nazi en Europa por vía armada, b) el reforzamiento de la supresión físico espiritual de la población judía y su cultura, especialmente en la “vía hacia el Este”.

Este resultado, producto de una radicalización acumulativa llevó al Nacionalsocialismo, o a acometer nuevos emprendimientos en la búsqueda de la solución “final” o “global”, que a veces se impulsaron al mismo tiempo con varias alternativas, y en otras ocasiones, alguna delante de otras, considerando la expansión territorial del nazismo y las condiciones fácticas de los enclaves de dominación.

El acuerdo secreto entre la Unión Soviética y Alemania aparejaba reivindicaciones nacionales y nuevos límites espaciales. Como se ha documentado se definía así, conforme Gutman (11):

En menos de un mes la *Blitzkrieg* (La Guerra Relámpago) conducía un resultado previsto con secuelas indeseables. El nazismo se materializó en Polonia con la creación del gobierno general del Reich (*General Gouvernement*). El pacto de no agresión entre la Unión Soviética y Alemania colocaba también el concepto de “espacio vital” en las intenciones de Hitler. En la región que fue anexada por el Reich quedaron con 2.100.000 judíos mientras que dentro de los límites de ocupación soviética se incluían 1.200.000 judíos. La respuesta casi inmediata fue la impulsión del principio concentracionario que luego serviría para la creación de los *ghettos*. El decreto de Heydrich del 21 de septiembre de 1939 ordenaba:

“Instrucciones sobre la política y las operaciones relativas a los judíos en los territorios ocupados

“Berlín, 21 de septiembre de 1939

“El jefe de la Policía de Seguridad,

(10) Longerich, autor de una excelente biografía sobre Himmler, a la par alude en su texto “Holocaust” el reforzamiento de la percepción del judío como un feroz enemigo dentro de la Alemania Nazi, y la necesidad de arianizarla por completo sin elementos raciales inferiores e “indeseables.” Divide la “arianización” en tres períodos.

(11) Gutman, investigador del Yad Vashem, autor de varias obras, en el texto Holocausto y Memoria, narra excelentemente la situación de los judíos en Polonia, donde se darán dos tipos diferentes de vida debido a su situación territorial, ya que dependía el lugar de residencia y la dominación a la que quedaban sometidos, si la alemana o la soviética.

“A los jefes de todos los *Einsatzgruppen* de la Policía de Seguridad.

“Asunto: La cuestión judía en los territorios ocupados.

“Me refiero aquí a la conferencia que tuvo lugar hoy en Berlín, y una vez más, señalo que se deberá guardar en estricto secreto la totalidad de las medidas planificadas (o sea, el objetivo final *Endziel*).

“Se hará una distinción entre:

“1. El objeto final (el cual necesitará largos plazos de tiempo) y

“2. Las frases hacia la realización de este objeto final (que se cumplirán a corto plazo).

“Las medidas planificadas requieren de una preparación sumamente minuciosa, tanto en lo que se refiere a los aspectos técnicos, como a los económicos.

“Es evidente que desde aquí, no podremos fijar, en todos sus detalles, las tareas que se presentan ante nosotros. Las instrucciones y directivas que siguen tienen como propósito indicar a los jefes de los *Einsatzgruppen* que tomen en cuenta las consideraciones prácticas [del problema concernido].

“**I.** La primera condición previa para conseguir el objetivo final es la concentración de los judíos de las comarcas dentro de las grandes ciudades. Esto debe realizarse rápidamente.

“Al realizarlo, una distinción será hecha:

“1. Entre las zonas de la Danzig y de la Prusia occidental, Poznan, y el este de la alta Silesia, y

“2. Las demás zonas ocupadas.

“Se vaciarán las regiones referidas en 1) de cuantos más judíos se puedan, siendo el objetivo final establecer sólo unas cuantas ciudades de concentración.

“En las zonas bajo, 2) se establecerá el menor número posible de centros de concentración, de manera de facilitar las medidas posteriores.

“Al respecto, se prestará atención a que solo se seleccionen como puntos de concentración las ciudades que constituyen nudos ferroviarios, o que al menos se sitúan cerca de las vías férreas.

“En principio, todas las comunidades judías de menos de 500 personas deberán ser liquidadas y trasladadas al centro de concentración más cercano.

“Este decreto no se aplica a la zona de *Einsatzgruppen* 1, que se sitúa al este de Cracovia y que, en líneas generales, está limitada por Polanice, Jarolaw, la nueva línea de demarcación, y la anterior frontera polaco-eslovaca.

“Dentro de esta zona, sólo se realizará un censo aproximado de los judíos. Además, se instituirán Consejos de Judíos (*Jüdische Ältestenräte*) tal y como lo vamos a definir más adelante.

“**II.** Consejo de judíos

“1. En cada comunidad judía se establecerá un Consejo Judío integrado, en la medida de lo posible, por las autoridades y los rabinos que aún queden. Este Consejo estará compuesto por un máximo de 25 varones judíos (según el tamaño de la comunidad judía).

“Los consejos serán totalmente responsables, en el sentido literal de la palabra, de la ejecución exacta y rápida de las directivas ya publicadas o sean publicadas en el futuro.

“2. Se advertirá a los Consejos que, en caso de sabotaje de estas instrucciones, serán tomadas las más severas medidas.

“3. El Judenrat (Consejo judío) deberá realizar un censo aproximado de los judíos pertenecientes a su zona y, en la medida de lo posible, lo detallará según el sexo, las edades [a) hasta 16 años, b) de 16 a 20 años, c) por encima de los 20 años], y la profesión principal. Se entregarán los resultados lo antes posible.

“4. Los Consejos serán informados de la fecha, hora y posibilidades de la evacuación, y finalmente, de los itinerarios de la partida. De esta manera se les hará responsables personalmente de la evacuación de los judíos de la región.

“Para explicar la concentración, se les dará como razón la participación masiva de los judíos en los ataques de francotiradores y en los saqueos.

“5. Los Consejos de Judíos de los centros de concentración serán hechos responsables del alojamiento apropiado de los judíos procedentes de la comarca. Es probable que, por razones de seguridad, la concentración de los judíos en las ciudades provoquen el establecimiento de reglamentos que, por ejemplo, les prohíban completamente la entrada a ciertos barrios de aquellas ciudades y les impida abandonar el *ghetto* y sus casas a partir de cierta hora de la tarde, etc. (...) —siempre y cuando se tengan debidamente en cuenta las necesidades económicas—.

“6. Los consejos también serán responsables del abastecimiento apropiado de los judíos durante el transporte a las ciudades.

“No existe ninguna objeción para que los judíos evacuados lleven consigo sus bienes muebles, siempre y cuando sea técnicamente posible.

“7. Los judíos que no cumplan con la orden de traslado a las ciudades recibirán, cuando una razón suficiente explique este retraso, un corto plazo en caso de no ser realizado el traslado en la fecha nuevamente fijada.

“III. En principio, se tomarán todas las medidas necesarias en consulta y colaboración estrecha con la administración civil alemana y con las autoridades militares locales competentes. Se cuidará que, con la ejecución [de este plan], no se afecte las necesidades económicas de las zonas ocupadas.

“1. Ante todo, considerarán las necesidades del Ejército. Por ejemplo, nos será difícil evitar que por el momento, en uno u otro lugar queden atrás algunos comerciantes judíos, considerados como absolutamente esenciales para el abastecimiento de las tropas, por carecer de otra alternativa.

“Pero en tales casos, se planificará la rápida arización de estas empresas, y se cumplirá en su debido tiempo el traslado de los judíos, en colaboración con las autoridades administrativas alemanas locales competentes.

“2. Es obvio que para preservar los intereses económicos alemanes en los territorios ocupados, debemos tolerar por el momento ciertas ramas de las industrias, empresas y fábricas judías, esenciales y de una importancia vital para la guerra o el plan cuatrienal.

“En esos casos también, el objetivo será una rápida arización, y luego, la ejecución del traslado de los judíos.

“3. Finalmente se deberá tomar en consideración la situación alimentaria de los territorios ocupados. Por ejemplo, en la medida de lo posible se entregarán al cuidado del vecindario alemán o aun de granjeros polacos, las tierras pertenecientes a colonos judíos, para que las trabajen a comisión, aseguren la siega de la cosecha que queda en los campos, y la vuelvan a plantar.

“Con respecto a esta importante cuestión, se tomará contacto con el experto agrícola del Jefe de la Administración Civil.

“4. Cuando no sea posible coordinar los intereses de la Policía de Seguridad por una parte, y los de la Administración Civil alemana por otra, deberé ser informado lo más rápidamente posible y se esperará mi decisión antes de tomar las medidas particulares relacionadas con esta cuestión.

“IV. Los jefes de los *Einsatzgruppen* me transmitirán continuamente informes sobre los asuntos siguientes:

“1. Encuesta numérica sobre los judíos presentes en sus zonas (de ser posible, conforme con las clasificaciones arriba indicadas). Figurarán en listas separadas el número de judíos evacuados de la comarca y el de los que ya se encuentran en las ciudades.

“2. Nombres de las ciudades que fueron designadas como centros de concentración.

“3. Fechas fijadas para trasladar a los judíos a las ciudades.

“4. Encuesta sobre todas las industrias y empresas judías de importancia vital o esenciales para la guerra o para el plan cuatrienal de estas zonas, especificándose, en la medida de lo posible:

“a) Tipo de empresa (con una exposición sobre una posible reconversión en empresa de importancia realmente vital o esencial para la guerra, o para el plan cuatrienal).

“b) ¿Cuáles con las fábricas que deberán ser arianizadas lo más urgentemente? (con objeto de prevenir posibles pérdidas).

“¿Qué tipo de arianización se propone? ¿Alemana o polaca? (la decisión dependerá de la importancia de la empresa).

“c) El número de judíos que trabajan en estas empresas (especificar los que tienen puestos directivos).

“¿Podrían proseguirse sin dificultad las operaciones tras el retiro de los judíos, o será necesario asignar en sus puestos a trabajadores alemanes o polacos? Sólo por medio de una coordinación con las Oficinas de Trabajo alemanas establecidas se podrán llevar a cabo estos asuntos.

“V. Espero una total colaboración de todo el personal de la Policía de seguridad y de los SD, para conseguir los objetivos trazados.

“Los jefes de los *Einsatzgruppen* vecinos deberán establecer inmediatamente contactos entre sí, para cubrir completamente las referidas zonas.

“VI. Recibieron copia de este decreto, el Alto Mando del Ejército, el Plenipotenciario para el plan Cuatrienal (a la atención del Secretario de Estado Neumann), el Ministerio del Interior del Reich (a la atención del Secretario de Estado Stuckart), el Ministro del Reich para la Alimentación y la Economía (a la atención del Secretario de Estado Landfried), así como los Jefes de la Administración Civil de los Territorios Ocupados.

“Firmado: Heydrich”. (Fuente: *El Holocausto en documentos*, 1996: 189).

Como señala Gutman, la invasión alemana marcó también un recrudescimiento de la política nazi hacia la población judía.

En una situación de guerra, en la que los soldados se encuentran lejos de sus hogares y en un clima de violencia y falta de límites, se liberan los instintos de destrucción y crueldad.

Con el estallido de la guerra disminuyó la necesidad de prestar atención a la opinión pública mundial y a la opinión pública en Alemania.

Con la conquista de Polonia el número de judíos que quedaba bajo el dominio alemán creció seis veces. La dominación sobre otros dos millones de judíos condijo a los alemanes a establecer solu-

ciones diferentes a las que habían implementado, cuando solo los judíos del Reich estaban bajo su poder. Además, la guerra provocó dificultades crecientes para continuar con la emigración forzada.

La propaganda nazi describía generalmente al judío “típico” de acuerdo con la tradición de los estereotipos antisemitas, ridiculizando sus barbas, sus *peot* (guedejas) y sus largos *caftanim* (capotas), y acentuando ciertos rasgos físicos. En Alemania, así como en Austria y en Checoslovaquia no había muchos judíos que respondieran a esta estereotipo. En Polonia, por el contrario, vivían muchos que usaban la vestimenta tradicional.

El decreto de Heydrich marcó el inicio de la concentración de la población en áreas o barrios exclusivos para la población judía a efecto de aislarla del resto y controlarla. La misma disposición alude a la creación de Judenrat (Consejo o Comité Judío) (12) en los espacios cerrados donde viviría cada comunidad judía. Por último las regulaciones refieren a los *Einsatzgruppen* como grupo de tareas para verificar que se cumplan las ordenes de la jerarquía nazi y mantener el dominio sobre cada comunidad.

Si bien el *ghetto* en su denominación tuvo su origen en Venecia en 1516, el propósito en aquel entonces era confinar a los judíos físicamente separados de las sociedades del lugar. En la Polonia del nazismo los *ghettos* no cumplían la funcionalidad original. El propósito del dominio nazi radicaba en el aislamiento de los judíos sobre el resto, de manera tal que el ingreso o el egreso tenía por regla la prohibición, y salvo causas específicas los judíos podían salir y regresar. Cada *ghetto* tenía su particularidad pero con motivo del aislamiento la misma población recluida debía asumir la provisión de bienes y servicios sin posibilidad de recurrir al exterior.

Entre los *ghettos* más famosos se encuentran el de Varsovia (13), y el de Lodz. (14) El primero fue el más grande conocido y llegó a albergar un número de 455.000 judíos. Su liquidación se produjo el 19 de abril de 1943. Entre 1940 y 1942 murieron aproximadamente 100.000 personas por el hambre, las enfermedades y otras privaciones. En julio de 1942 comenzaron las deportaciones de Varsovia a Treblinka. El número calculado de exterminados allí fue de 265.000 judíos.

El segundo caso significativo es el del *Ghetto* de Lodz, que funcionaba como centro textil de Polonia. El 30 de abril de 1940, 164.000 judíos quedaron cerrados intramuros. La principal tarea del Judenrat fue organizar el trabajo en las fábricas estableciendo más de cien factorías. Lodz fue el último *ghetto* que conservó población y las deportaciones se sucedieron hacia Chelmno y Auschwitz-Birkenau. Con el avance soviético se liberaron solo 800 judíos de Lodz.

(12) El Judenrate, de acuerdo con las disposiciones nazis, su obligación era cumplir con las órdenes que le impartieran, sin ningún margen de maniobra, el decreto del 28 de noviembre de 1939 establecía: “Esta representación de los judíos —conocida como Judenrate—, incluirá a 12 judíos en las comunidades de menos de 10.000 habitantes, y a 24 judíos en las comunidades de más de 10.000 habitantes, todos pertenecientes a la población residente local... Por medio de su Presidente y su suplente, la función del Judenrate será recibir las órdenes de la Administración alemana. Será responsable del meticuloso cumplimiento de las órdenes en toda su extensión. Todos los judíos y judías deberán obedecer las directivas publicadas para el cumplimiento de estos decretos alemanes”.

(13) El Ghetto de Varsovia es recordado por ser el “mayor corral humano de la historia” según el novelista León Uris. Su texto que recuerda la resistencia en el Ghetto de Varsovia, el levantamiento y luego la destrucción en 1943, se encuentra en el trabajo “Mila 18”, lugar donde se escondía el bunker de la Resistencia Judía cuyo Comandante Mayor fue Mordejai Anielewicz. Numerosas obras refieren al Ghetto más famoso, entre ellas El Ghetto de Varsovia, de Mary BERG, Voces del Ghetto de Varsovia, de Michal GRYNBERG, Notes from the Warsaw Ghetto, de Emmanuel RINGELBLUM, entre otras ampliamente difundidas y reconocidas. En cine, El pianista, de Roman POLANSKY, y La lista de Schindler, de Steven SPIELBERG, recopilan historias reales de los Guetos de Varsovia y Krakovia.

(14) El Ghetto de Lodz se convirtió en un dilema para el Judenrate en torno a la discusión si colaborar con la producción en favor de los alemanes o resistir, reconociendo, que de igual modo en algún momento, las obras Lodz Ghetto. A history, de Isaiha TRUNK, y Memorias del Ghetto de Lodz, de Iankl NIRENBERG. En la Argentina, la película distribuida con el nombre de “ghetto” se estima inspirada en episodios del Ghetto de Lodz.

El *ghetto* como barrio de concentración y aislamiento se convirtió en un medio de aniquilación indirecta. La auto ayuda significó un medio de resistencia y aunque todo estaba prohibido hasta donde se pudo continuaron los estudios, las publicaciones, los espectáculos públicos, los grupos de culto y las organizaciones clandestinas, que en parte trataban los problemas respecto a la rebelión y otros se dedicaron a la confección de archivos que pasaron a ser documentos valiosos para la memoria colectiva. La cultura también encontraba en el teatro y la música una forma de supervivencia.

Finalmente, dentro de cada *ghetto*, y, por ende, de cada Judenrat, además de la prohibición de insumo para cubrir las demandas y el sistema de distribución de bienes y productos cada vez más escasos, uno de los dilemas mayores fue el debate sobre la conducta a seguir frente a la ocupación nazi. Mientras que los jóvenes que habían regresado al *ghetto*, y habían tomado conocimiento de las aniquilaciones, proponían como salida la lucha armada con una muerte digna, las personas de mayor edad se inclinaban a la supervivencia cumpliendo las órdenes de la comandancia nazi y la producción en las fábricas. Este dilema tuvo su respuesta con la orden de liquidación de los *ghettos* en concomitancia con la Solución Final. (15)

“Orden para terminar con la ‘Solución Final’

“1. Por la presente ordeno que, antes del 31 de diciembre de 1942, se realice y cumpla la evacuación de toda la población judía del Gobierno-General.

“A partir del 31 de diciembre de 1942, ninguna persona de origen judío deberá permanecer en los campos de agrupación de Varsovia, Cracovia, Czestochowa, Radom o Lublín. Antes de esta fecha se deberán acabar todos los trabajos en los que se utiliza mano de obra judía, y cuando no sea posible, estos trabajos serán transferidos a uno de los campos de agrupación.

“Estas medidas son indispensables para conseguir la necesaria división étnica de razas y pueblos que requiere la instauración del Nuevo Orden en Europa, así como para los intereses de la seguridad y de la purificación del Reich alemán y de sus áreas de influencia.

“Toda infracción a este reglamento constituirá un peligro para la tranquilidad y el orden de todas las zonas de influencia alemana, un centro de movilización para la residencia y una fuente de contagio moral y físico. Por todas estas razones es necesaria una purificación total, y por consiguiente, será llevada a cabo.

“Me transmitirán a tiempo los casos en los que no se pueda respetar la fecha fijada, de manera que me sea posible efectuar una acción correctiva en breve plazo.

“Me deberán presentar personalmente todas las solicitudes que vengan de otras oficinas, pidiendo cambios o permisos de excepción.

“¡Heil Hitler! 19 de julio de 1942 H. Himmler”. (*Fuente: El Holocausto en Documentos*, 1996: 303).

IV. Las soluciones territoriales

La arianización de Alemania, con más rapidez en Austria, la creación de agencias especializadas en la cuestión judía, las migraciones, las deportaciones, y la implementación del principio concentracionario, se mezclaron con “otras soluciones” para la judería europea. En éste último sentido podemos hacer mención a la siguiente:

(15) Los autores no acuerdan por unanimidad la fecha en la que se tomó la decisión para implementar la “Solución Final”. Friedlander, Longerich y otros la precisan en el período entre setiembre y diciembre aproximadamente. Burrin, Bensoussan, Reitlinger y La Escuela del Memorial de la Shoá de París en setiembre. Regularmente los documentos que se citan refieren a la orden de eliminar además de los comisarios soviéticos y los judíos varones, a las mujeres y los niños en el avance de los Einsatzgruppen.

1. El Plan Nisko

El 21 de septiembre Heydrich notificó a sus colaboradores que Hitler había autorizado los planes de Himmler para la deportación de judíos al Gau (provincia) de lengua extranjera. La concentración de las ciudades venía acompañada de la evacuación a los judíos de territorio nazi. Como explica Rafecas (16), la idea manifiesta era dividir el territorio de Polonia en tres franjas.

a) Al Oeste —Frontera con Alemania—, con reasentamiento de población alemana y expulsión “de las minorías indeseables... Esta franja abarcaría las ciudades de Lodz y Posnan, entre otras y sería incorporada al Reich como antes lo había sido Austria y luego Boemia y Moravia”.

b) Al Centro, un Estado satélite con población polaca, que comprendía Varsovia y Cracovia, para explotación económica.

c) Al Este, una “reserva exterior”, con centro en Lublin, a donde irían deportados los “grupos perniciosos e indeseables, y en primer lugar los judíos”.

Adolf Eichmann, responsable de la Oficina de Asuntos Judíos, dispuso el asentamiento para los judíos en la localidad de Nisko “luego de las deportaciones desde Viena, Katowika, Ostrana y Hamburgo. Esta operación rechazada desde un principio por el Servicio de Seguridad del Reich en Berlín (a pesar de las instrucciones de Himmler) en parte por “la inexperiencia de la Agencia de Seguridad en el traslado de poblaciones a gran escala”, a lo que se sumó la oposición del Gobernador General Hans Frank para ubicar a los judíos del Reich en el Government. Para abril de 1940 el campo de Nisko era disuelto por el Jefe Regional SS Krüger.

2. El Plan Madagascar

Este Plan surgió también como respuesta territorial para la solución de la cuestión judía con la pretensión de enviar parte de los judíos europeos a la Isla de Madagascar, en aquel momento Colonia Francesa en África Oriental.

Para Zylberman, “en 1938 y 1939, los nazis intentaron valerse del Plan Madagascar para propósitos financieros y arreglos vinculados con su política internacional. En la reunión que Hermann Goering mantuvo con el Gabinete el 12 de noviembre de 1938, después de ‘La Noche de los Cristales’, afirmó que Hitler sugería a los países de Occidente que los judíos debían emigrar a Madagascar. Hjalmar Schacht, el Presidente del Reichsbank (Banco Central del Reich) sostuvo discusiones en Londres, tratando de obtener un préstamo internacional para enviar a los judíos a la Isla...” (17)

El autor comenta que Himmler compartía la idea que “a pesar de que cada caso individual puede ser cruel y trágico, este método es aún el más sencillo y el mejor, pues rechazamos el método bolchevique de exterminio físico de un pueblo por nuestras convicciones internas y por ser no alemán”. Así también el jurista Franz Rattenbach presentó a Ribbentrop un borrador que preveía que “en el Tratado de Paz Francia deberá poner la Isla de Madagascar a disposición de una solución a la cuestión judía y, asimismo, reinstalar y dar compensaciones a los aproximadamente veinticinco mil ciudadanos franceses que viven allí. La Isla será transferida bajo mandato a Alemania”.

Respecto de los judíos proponía, que tengan su propia administración, sus alcaldes, policía, correo y ferrocarril. Debían transferir sus valores financieros a un banco europeo a determinar y podían recibir créditos. No adquirían la ciudadanía alemana y perderían desde la deportación la ciudadanía europea, transformándose en súbditos del mandato de Madagascar. Hans Frank también compartía la idea en contrapropuesta a la de Lublin.

(16) El autor trabaja sobre la conceptualización del Holocausto como un proceso, en base a “las etapas que llevaron al exterminio de los judíos europeos”.

(17) Se puede consultar Zylberman, que sostiene que el Plan Madagascar conformó un prolegómeno a la Solución Final.

Con la invasión de Alemania a la Unión Soviética, y la imposibilidad de ganar la batalla de Inglaterra en el sector occidental, se desvanecieron estas dos soluciones territoriales, precipitándose con más profundidad —temporalmente— la “ghettoización”.

3. El Plan Siberia

Rafecas señala que la invasión de la Unión Soviética “abrió una nueva perspectiva y significó un salto cualitativo hacia una nueva etapa en la Solución Final: la deportación a Siberia de todos los judíos europeos, un plan inspirado en buena medida en el genocidio de los armenios perpetrado por el Imperio Turco-Otomano dos décadas atrás”.

El Plan tenía como punto de partida la deportación de todos los judíos al Este. Parte de la destrucción se lograría en los campos de trabajos forzados del sistema Gulag tras la caída del ejército soviético. Esta idea se complementaba con la percepción de que ganar la guerra por parte de los alemanes era cuestión de meses.

La Operación Barbarrosa nombre que se le dio a la guerra contra la Unión Soviética, no obtuvo el resultado esperado como guerra relámpago, y justamente la victoria era lo que hubiera conducido a la Solución Final de la cuestión judía.

Concluido el conflicto bélico el camino de la evacuación y deportación quedaba abierto al deseo de concretar la “*endlosung*”. Conforme relata el autor precitado la Conferencia de Wannsee trabajó no sobre la idea acabada del exterminio sino sobre la logística de la aniquilación del judaísmo europeo ya que coincidían varios autores en que entre septiembre y octubre de 1941 la decisión de Hitler respecto del exterminio ya estaba tomada. En la medida que Wannsee permitió la implementación para un Reich

“Judenrein” fue socavando la posibilidad de hacer realidad el Plan Siberia. Las consecuencias fácticas fueron el avance de los *Einsatzgruppen* en los territorios ocupados hacia el Este germano y la creación en Polonia de los campos de exterminio.

V. Los *Einsatzgruppen* y el Holocausto

En palabras de Rhodes (18), el origen del accionar de los *Einsatzgruppen* se destaca desde la primavera de 1941, “hacia el Este, desde Pretzsch”. En ésta ciudad se reunieron varios miles de hombres miembros de las SS para seguir un curso de adiestramiento antes de saber su destino, estas unidades que se conocen con distintos nombres tales como “fuerzas especiales”, “grupos de tareas”, “escuadrones móviles”, dieron origen al comienzo de la aniquilación directa, esta vez con la metodología del fusilamiento.

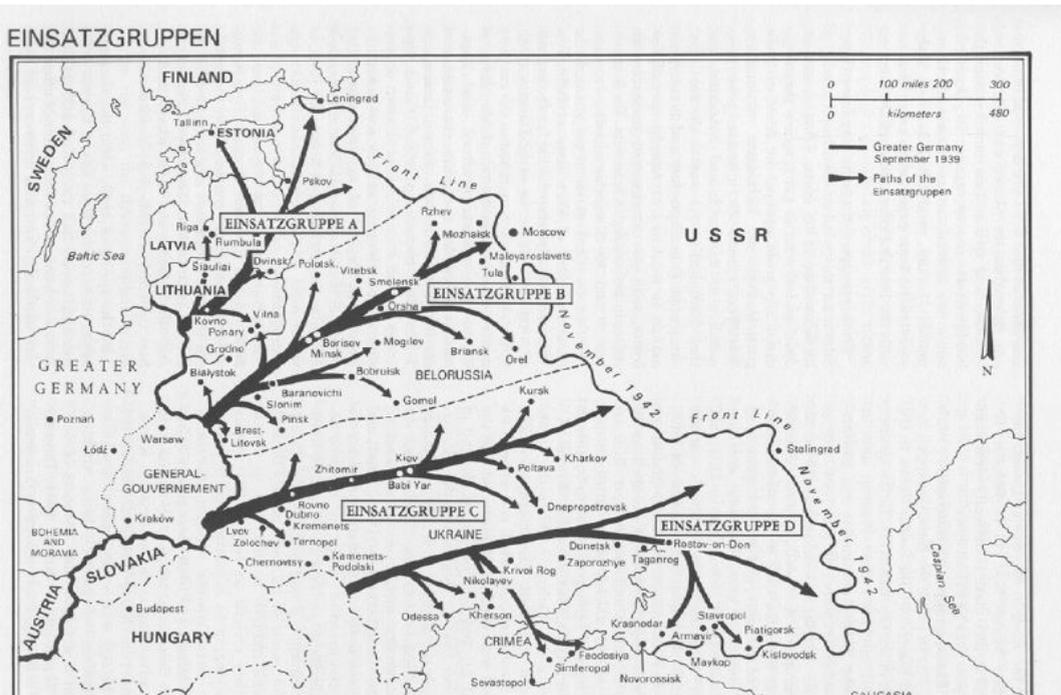
La característica que marcaba su derrotero era asegurar los territorios ocupados marchando por delante de la administración civil, y detrás del ejército alemán en Austria, Checoslovaquia, y Polonia entre 1938 y 1939. Luego del ataque a Polonia el 1º de septiembre de 1939 “cinco *Einsatzgruppen* organizados por Heydrich subdividido cada uno en cuatro *Einsatzkommandos* compuestos por entre cien y ciento cincuenta hombres, seguían a los cinco cuerpos de ejército de invasión de la Wehrmacht”.

Esta modalidad se repetiría el 22 de junio de 1941 con la invasión Barbarrosa. Detrás de la Wehrmacht en la medida que incursionaba en territorio soviético marchaban cuatro *Einsatzgruppen*. Como expresa Rhodes:

“El *Einsatzgruppen* A, al mando del SS-Brigadeführer Stanhleckler y agregado al Grupo de Ejército del Norte, operaría en los que habían sido los Estados bálticos de Estonia, Letonia y Lituania. El *Einsatzgruppen* B, dirigido por el SS-Brigadeführer de cuarenta y seis años Arthur Nebe, agregado al Grupo de Ejército del Centro, “pacificaría” Bielorrusia. El *Einsatzgruppen* C, al mando del SS-Brigadeführer doctor Otto Rasch, de cuarenta y nueve años, agregado al Grupo de Ejército del sur, se desplegaría

(18) Burrin también alude al episodio de constituir *Einsatzgruppen* con *Einsatzkommando* originalmente en la localidad de Pretzsch.

por Ucrania septentrional y central. El *Einsatzgruppen* D, a las órdenes de SS-Standartenführer Otto Ohlendorf, de treinta y cuatro años, agregado al Onceavo Ejército, operaría en el sudoeste de Ucrania (Besarabia), el sur de ese mismo territorio, Crimea y el Cáucaso” (RHODES, 2006: 33).



Los *Einsatzgruppen*, que contaban con distintos elementos en su composición (policías retirados, SS, reservistas, etc.) eran comandados por A) Franz Stahlecker, B) Arthur Nebe, C) Otto Rasch, y D) Otto Holendorf. Tanto su misión como su funcionalidad fueron creciendo en correlato con las órdenes recibidas. Rafecas que cita a Kershaw transcribe:

“En la lucha contra el bolchevismo no debemos suponer que la conducta del enemigo vaya a basarse en principio de humanidad o de derecho internacional”... “los comisarios políticos han introducido barbaros métodos asiáticos de guerra, así que ha de administrarse en su caso justicia inmediata y con la máxima severidad. Serán, por cuestión de principios fusilados, inmediatamente, hayan sido capturados durante operaciones o hayan mostrado resistencia de algún modo” (Orden de los comisarios del 6 de junio de 1941 del alto mando de las Fuerzas Armadas).

Producida la invasión del 22 de junio, la orden fue ampliada a los hombres judíos entre 17 y 45 años. Según Browning, bajo el accionar de la Policía del Orden (19) se podría encontrar el antecedente inmediato de los *Einsatzgruppen* con la matanza a tiros de unos 1500 judíos en la población polaca de Józefów, el 13 de julio de 1942. Las operaciones de muerte a mediados de 1942 eran una combinación de transportes hacia el este a los campos de exterminio (Sobibor y Treblinka), el reasentamiento de

(19) La policía del orden era el resultado de crear formaciones de policía con entrenamiento y equipo militar. El trabajo de Browning consistió en investigar la conformación y el accionar del batallón 101 interviniente en Polonia. La idea de utilizar reservistas, ex policías y SS fieles es lo que marcó la integración posterior de los *Einsatzgruppen* en la invasión a Rusia, donde la regla era exterminar y la excepción solicitar a los superiores el cambio de misión.

población alemana en las regiones germanizadas, y la continuidad del principio concentracionario en determinados *ghettos*. Así después de lanzarse la operación “Reinhard”:

“La deportación hacia los campos de exterminio solo eran una parte de un amplio reasentamiento de los judíos de Europa central. Al mismo tiempo que los judíos polacos eran trasladados desde sus hogares hacia los campos de exterminio trenes cargados de judíos de Alemania, Austria, el protectorado y el estado títere de Eslovaquia se dirigían al distrito de Dublín. Alguno de estos transportes, como el tren de Viena del 14 de junio escoltado por el teniente Fischmann, también eran enviados directamente a Sobibor. Otros, sin embargo, se descargaron en varios *ghettos* en lo que los judíos extranjeros ocupaban temporalmente el lugar de aquellos que habían sido asesinados recientemente”.

Extracto de un informe de los Einsatzgruppen sobre el exterminio de los judíos en Ucrania (octubre de 1941)

“Informe nro. 6 de los Einsatzgruppen de la Policía de Seguridad y del SD sobre las operaciones y la situación en la URSS (1º al 31 de octubre de 1941)

“...La animosidad de la población ucraniana contra los judíos es extremadamente intensa, ya que piensa que ellos son los responsables de las explosiones en Kiev. También los considera como informadores y agentes de la policía secreta soviética, que aterrorizo al pueblo ucraniano.

“En represalia por el incendio en Kiev, fueron arrestados y ejecutados el 29 y el 30 de septiembre, 33.771 judíos. Fueron recogidos sus bienes —el oro, los objetos de valor y la ropa— poniéndose todo ello a la disposición de la Asociación de Asistencia Social Nacional-Socialista (NSV), para que ésta equiparara a los rusos de origen alemán, siendo también dada una parte a la administración designada de la ciudad, para que ésta lo distribuyera entre la población necesitada.

“*Schitomir*. En Schitomir han tenido que ser fusilados 3145 judíos porque, según mostro la experiencia, se les debía considerar portadores de la propaganda bolchevique y saboteadores.

“*Cherson*. En Cherson, se ejecutó a 410 judíos en represalias por actos de sabotaje.

“Los *Einsatzgruppen* de la Policía de Seguridad y del SD emprendieron enérgicamente la solución a la cuestión judía, en particular en la zona Este del Dnieper.

“Los comandados limpiaron de judíos las regiones recién ocupadas. Durante esta acción, fueron liquidados 4891 judíos. En otras localidades, los judíos fueron marcados y registrados. Esto permitió que pudieran ser puestos a la disposición de la Wehrmacht grupos de trabajadores judíos de hasta 1.000 personas, para los trabajos urgentes (...)” (ARAD, GUTMAN Y MARGALOT, 1996: 458).

Los grupos comandos —Unidades Móviles— dieron inicio en el terreno a la aniquilación global siendo su metodología el fusilamiento masivo y el entierro en fosas colectivas. El procedimiento se basaba en marchar detrás de ejército, aislar cercando una villa, una ciudad o aldea, identificar a la población judía, desplazarla hacia acampados y/o bosques cercanos, hacerle cavar las fosas colectivas, y fusilarla al borde de las mismas. Si contaban con el tiempo suficiente se enterraba finalmente a las víctimas.

Como ejemplo citamos la siguiente anotación del diario de una doctora lituana en relación con los judíos del *Ghetto* de Kovno, de octubre de 1941 (1941: 15):

“Al amanecer, circulo un rumor de que los prisioneros estaban cavando fosas profundas en el Noveno Fuente (el Fuente de la Muerte) y cuando se llevaron a la gente, ya quedo claro para todos que aquello significaba la muerte. Estallaron en lloros, gemidos y gritos. Algunos trataron de escapar durante el trayecto, pero fueron fusilados. Muchos cuerpos quedaron en los campos en el Fuerte, desvistieron a los condenados y por grupos de 300, le obligaron a meterse en las fosas. Primero arrojaron a las criaturas. Fusilaron a las mujeres al borde de las fosas, y después llegó el turno de los hombres. Muchos fueron cubiertos —por tierra— cuando aún vivían. Todos los hombres que habían disparado estaban bebidos” (ARAD, GUDMAN Y MARGALOT, 1996: 446).

VI. “La Solución Final, final”

Frente a la imposibilidad de encontrar una solución a la cuestión judía con las alternativas territoriales, la situación para el antisemitismo lascivo de la cúpula nazi, y una Europa “*judenrein*”, se vio agravada por las siguientes circunstancias:

1) El dominio en el oeste europeo del hitlerismo, salvo en los países colaboracionistas o neutrales, cuya población judía debía evacuarse como parte del “camino hacia el este”.

2) El aumento numérico de la judería debido a la ocupación de nuevos territorios por Alemania hasta las puertas de Moscú y Stalingrado, más países satélites como los países bálticos, Rusia, Bielorrusia, Ucrania, entre otros, a lo que se sumaría Hungría con la ruptura por Hitler con este último régimen.

3) El enfrentamiento entre el principio económico del Reich y quienes sustentaban el carácter “demofáco del judío”.

4) El trastorno de sumar población judía, aunque sea en condiciones infrahumanas, luego de la Conferencia de Wanssee, donde todo el aparato del Estado alemán pasó a participar del asesinato de los judíos europeos.

Conforme Zimerman (20), “también la investigación histórica describe períodos en el sistema concentracionario aunque en la delimitación por etapas puede observarse que: “las fronteras entre un período y otro son vagas y difusas”. Aquí los ejemplos de diferentes autores desde la decisión no escrita de la “Solución Final”, Wannsee, y la construcción de campos dedicados al exterminio:

a. Wilhem y Broszat: 1) 1936-1942, donde tienen prioridad la economía de guerra y el conflicto bélico. 2) 1942-1945, se regula la mano de obra de economía de guerra y el exterminio de la judería europea.

b. Karin Orth: 1) 1939-1942, primera fase de la guerra como periodo de transición. 2) 1942-1944, etapa clave del trabajo forzado y la exterminación. 3) 1945, la evacuación de los campos.

c. Schindler. 1) 1939-1942, fase última de organización e introducción del trabajo forzado de los reclusos. 2) 1942-1945, fase de rentabilidad económica concordante con la aniquilación de la población judía.

d. Rosa Toran: 1) 1942-1944, el avance sobre la Unión Soviética, llevó a los campos a prisioneros de guerra, judíos, y combatientes contra el Reich de toda Europa. La finalidad de los campos se diversifican en base a: la mano de obra esclava, la experimentación con seres humanos, y la aniquilación. 2) Fines de 1944 hasta la liberación; comprende el tramo del desmantelamiento y la destrucción de muchas instalaciones, el traslado a otros campos, y las denominadas “marchas de la muerte”. 3) Campos de Exterminio. El Lager como instrumento destinado a someter a los opositores, resistentes, enemigos del régimen, elemento asociales y prisioneros de guerra siguió cumpliendo su cometido pero aumentó su funcionalidad y diversificó su finalidad.

Como campos de exterminio, la tipología clásica es la que se transcribe textualmente del trabajo de Weiss:

“Chelmno: el proceso de exterminio duró, con interrupciones desde el 8 de diciembre de 1941 hasta mediados de enero de 1945.

“Belzec: fundado en noviembre de 1941. Se utilizó gas para exterminar a los prisioneros, desde febrero de 1942 hasta comienzos de 1943. Este campo fue liquidado en junio de 1943.

(20) Los autores también señalan la existencia de por lo menos ocho tipos de campos, aunque en una clasificación reduccionista, comúnmente se hace referencia a campos de concentración y de exterminio.

“Sobibor: funcionó desde abril de 1942 hasta mediados de octubre de 1943.

“Treblinka: se fundó en 1940 como campo de trabajo. A comienzos de 1942 se emprendió la construcción de Treblinka II. Se empleó gas para el exterminio masivo desde el 23 de julio de 1942 hasta el 2 de agosto de 1943.

“Lublin-Majdanek: fundado en noviembre de 1941. El exterminio masivo comenzó en el otoño de 1942 y prosiguió hasta julio de 1944.

“Auschwitz: Auschwitz I se fundó como campo de concentración en mayo de 1940. En Auschwitz II (Birkenau) las cámaras de gas y los crematorios se utilizaron desde el 26 de noviembre de 1941 hasta noviembre de 1944”.

Los primeros cuatro produjeron la muerte por asfixia por monóxido de carbono, originalmente experimentado en camiones durante el Programa “Eutanasia” (Aktion T4), luego en cámaras herméticas acondicionadas a tal efecto. Majdanek y Auschwitz Birkenau, permanecieron casi indemnes hasta el final de la guerra, el resto fue dinamitado, ya que estos últimos aseguraban menores costos y más rapidez en la aniquilación por utilización del Ziklon B.

VII. Holocausto y memoria

El Holocausto es recordado como el mayor genocidio perpetrado en el siglo XX, y una etapa donde la aniquilación física no consiste en la pérdida de la vida, sino en la cosificación, despersonalización y la deshumanización llegó a extremos antes nunca conocidos. Quizás el punto de inflexión consista en reconocer a la Shoá, como un producto del modernismo. A la par, la memoria debe ser un vehículo apropiado, constante, y quizás sacrificado para que el NUNCA MÁS sea creíble y real.

Sirvan las reflexiones de Bensoussan como consideraciones finales:

“No percibir, no oír, no enseñar del pueblo judío, no es profesar sino una vaga lección de humanidad y una prédica de la reconciliación universal. Es construir un trabajo pedagógico sobre una comisión que fragiliza el edificio memorial. Sin afán dolorista, hay que enseñar lo que fueron la Conferencia de Evian de 1938, las fronteras casi cerradas de Suiza, el redoblamiento de la los cordones de seguridad de la policía holandesa en la frontera con Alemania en 1938-1939, el Libro Blanco sobre Palestina de mayo de 1939, las lenguas mudas (El Vaticano), y la inacción programada de los Aliados a la hora del desastre.

“Si la noción de humanidad se vino abajo en Auschwitz, y no la sola identidad ni la sola existencia judía, es también el pueblo judío, y no otro, el que fue asesinado ahí. Por eso hay que enseñar también la derelicción judía. No como una lamentación, sino como una lección política; cuando un pueblo no es ya ciudadano de ninguna parte, la pertenencia común a la especie humana deviene para él sin valor. A la hora del Estado-nación, todo parece indicar que el hombre ya no es nada por sí mismo si no está protegido por era entidad” (BENSOUSSAN, 2010: 105).

VIII. Bibliografía

ARAD, Ytzhak, GUTMAN, Israel y MARGALIT, Abraham (1996). *El holocausto en documentos*. Jerusalem: Yad Vashem.

BANKIER, David y GUTMAN, Israel (2005). *La Europa nazi y la Solución Final*. Yad Vashem, Jerusalem: Editorial Losada.

BENSOUSSAN, Georges (2010). *¿Auschwitz por herencia? Sobre un buen uso de la memoria*. España: Anthropos.

BREITMAN, Richard (1991). *The architect of Genocide Himmler and the final solution*. New York: Alfred A. Knopf.

- BROWNING, Christopher R. (2002). *Aquellos hombres grises. El Batallón 101 y la Solución Final en Polonia. Ensayo Histórico*. Barcelona: Edhasa.
- BURRIN, Philippe (1994) *Hitler and the jews. The genesis of the holocaust*. London: Edward Arnold Publisher.
- FINCHELSTEIN, Federico (1999). *Los alemanes, el holocausto y la culpa colectiva. El debate goldhagen*. Buenos Aires: Eudeba.
- FINCHELSTEIN, Federico, (2010). *El canon del holocausto*. Buenos Aires: Prometeo.
- FRIEDLANDER, Saul (1998). *El Tercer Reich y los judíos (1939-1945). Los años del exterminio*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.
- FRIEDLANDER, Saul (2009). *El Tercer Reich y los judíos (1933-1939). Los años de la persecución*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.
- GILBERT, Martin (2007). *Kristallnacht. Prelude To Destruction*. New York: Harper Perennial.
- GUTMAN, Israel (2003). *Holocausto y Memoria*. Jerusalem: Yad Vashem.
- HILBERG, Raúl (2005). *La destrucción de los judíos europeos*. Madrid: Ediciones Akal.
- HITLER, Adolf (2002). *Mi Lucha*. Chile: Ediciones Trasandinas.
- LONGERICH, Peter (2012). *Holocaust. The nazi persecution and murder of the jews*. New York: Oxford University Press.
- MAC DONOGH, Giles (2009). *1938. Hitler 's gamble*. New York: Perseus Books Group.
- OVERY, Richard (2013). *Crónica del Tercer Reich*. Buenos Aires: Tusquets.
- POLIAKOV, León (1954). *Breviario del odio. El 3er. Reich y los judíos*. Buenos Aires: Cómplices Editorial.
- POLIAKOV, León (1988). *Historia Del Antisemitismo*. Tomos I a VI. Buenos Aires: Mila Ediciones.
- RAFECAS, Daniel (2012). *Historia de la Solución Final: Una indagación de las etapas que llevaron al exterminio de los judíos europeos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- REITLINGER, Gerald. (1971). *The final solution*. New York: Sphere Books.
- REYNOLDS, Quentin (1961). *Minister of death*. New York: Dell Publishing.
- ROSEMAN, Mark (2003). *The Wannsee Conference and the final solution. A reconsideration*. New York: Henry Holt and Company.
- STANGNETH, Bettina, (2014). *Adolf Eichmann. Historia de un asesino de masas*. Buenos Aires: Edhasa.
- ZIMMERMAN, Héctor J. (2009). *Derechos Humanos, Genocidio Y Holocausto*. Corrientes: Amerindia Ediciones Correntinas.
- ZIMMERMAN, Héctor J. (2011). *Los Campos de Concentración y Exterminio. Los Dilemas de la Supervivencia*. Corrientes: Amerindia Ediciones Correntinas.
- ZYLBERMAN, Abraham (2010). *El Plan Madagascar. Prólogo de la Solución Final de la cuestión judía*. Buenos Aires: Revista Nuestra Memoria, año XVI, nro. 33, Fundación Memoria del Holocausto.
- ZYLBERMAN, Abraham (2005). "La Noche de los Cristales: cerrando el cerco...", en *Revista Nuestra Memorial*, Fundación Memoria del Holocausto, Buenos Aires, año XI, nro. 26, Fundación Memoria del Holocausto.

La revocatoria popular de sentencias como contrapeso democrático al control judicial de constitucionalidad

POR MARTÍN LEONARDO CABRERA (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Contra-mayoritarismo judicial: sus implicancias actuales. — III. Nuestra propuesta: revocatoria popular de sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una norma. — IV. “Plebiscitarismo” vs. Derechos Humanos. O la vuelta de la “tiranía de las mayorías”. — V. Conclusiones. — VI. Bibliografía. — VII. Jurisprudencia consultada.

“En todo gobierno, necesariamente existe un poder ante el cual no hay apelación, y el cual, por esa misma razón, puede ser llamado supremo, absoluto e incontrolable [...] Tal vez algún político, que no ha estudiado con suficiente precisión nuestros sistemas políticos, respondería que, en nuestros gobiernos, el poder absoluto fue establecido en las constituciones [...] Esta opinión se acerca un paso más a la verdad, pero no llega a alcanzarla. La verdad es que, en nuestros gobiernos, el poder supremo, absoluto e incontrolable permanece en el pueblo. Así como nuestras constituciones son superiores a nuestras legislaturas, así el pueblo es superior a nuestras constituciones. De hecho, en este ejemplo la superioridad es mucho mayor, pues el pueblo domina a nuestra constitución, controla de hecho y por derecho. La consecuencia es que el pueblo puede cambiar las constituciones cuando y como le plazca. Éste es un derecho del cual no puede despojarlo ninguna institución positiva.” James Wilson. (McClellan y Bradford, 1989: 432. Citado en: Kalyvas, 2005: 91).

Resumen: Esta ponencia analiza la revocatoria popular de sentencias. Este es un mecanismo que permite, por decisión popular, la revocatoria de las resoluciones judiciales que declaren la inconstitucionalidad de una norma. La misma suele estar prevista en caso de que un Superior Tribunal declarará la inconstitucional una ley, Estableciéndose que un porcentaje predeterminado del electorado pueda exigir que se someta a referéndum la decisión del máximo tribunal.

Palabras clave: Recall, revocatoria popular de sentencias, apelación popular de sentencias.

A REVOGAÇÃO POPULAR DE DECISÕES JUDICIAIS COMO CONTRAPESO DEMOCRÁTICO DAS CONTROLE JUDICIAL DO CONSTITUCIONALIDADE

Resumo: Este artigo trata do instituto chamado de revogação popular de sentenças. Este é um mecanismo que permite a retirada, por decisão popular, de sentenças judiciais declarando a inconstitucionalidade de uma norma. Geralmente é prevista no caso de um Tribunal Superior considerar inconstitucional uma lei, estabelecendo um percentual pré-determinado do eleitorado pode obrigar a submeter a referendo a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Palavras chave: Recall, revogação popular das sentenças, recurso popular das sentenças.

I. Introducción

El presente trabajo se centra en el instituto de la revocatoria de sentencias. Se entiende por este término al mecanismo que permite la revocación, por decisión popular, de las resoluciones judiciales

(*) Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Político, Cátedra I. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Profesor Adjunto Regular de Teoría del Estado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho. UBA.

que declarasen la inconstitucionalidad de una norma. La misma suele estar prevista en el caso de que un Superior Tribunal declarara la inconstitucionalidad de una ley, estableciéndose que un porcentaje predeterminado del electorado podrá exigir que se someta a referéndum la decisión del máximo órgano jurisdiccional.

Para una mejor comprensión del objeto en cuestión, en primer lugar es necesario analizar el carácter contra-mayoritario del funcionamiento del Poder Judicial, tanto desde el aspecto formal-legal, como en lo histórico, político y social.

Desde este enfoque, señalamos que desde los inicios de los primeros sistemas republicanos hubo una tendencia a desconfiar de las mayorías por su presunta “irracionalidad” e inclinación a caer bajo el influjo de la “demagogia”. Así es que, buscando evitar los males que supuestamente podían surgir de las mismas, se encomendó al instituto de la representación y al Poder Judicial (en su función de control de la constitucionalidad) el papel de contrapeso frente a las mayorías. Este último poder, de carácter técnico y meritocrático, supuestamente independizado de la lucha política, tendría la sabiduría que no se hallaría presente en los otros dos poderes (producto del sufragio) y menos aún en las decisiones directas en manos de la ciudadanía.

En este sentido pueden recordarse las palabras de Madison: “el trono de la razón” debía estar resguardado de “las pasiones mayoritarias” (García Jaramillo, En: Post y Siegel, 2013: 16).

Ya en los primeros tiempos de constitucionalismo, existieron voces críticas que señalaban los peligros de tal concepción:

“Al intentar establecer tres departamentos, coordinados e independientes, para que puedan moderarse y equilibrarse uno a otro, ha otorgado a un solo de ellos, conforme a esa opinión, el derecho a fijar reglas para el gobierno de los otros, y asimismo, al que no es elegido por la nación y es independiente de ella. Porque la experiencia ya ha demostrado que el enjuiciamiento que contempla no es ni siquiera un espantajo, que opiniones como las que usted combate, emitidas con cautela, como también señala usted, aisladas, con frecuencia no pertenecientes al caso, sino buscadas fuera de él, como para reunir de antemano la opinión pública de acuerdo a sus criterios, y para indicar en qué fila ha de marchar, han sido tan tranquilamente pasadas por alto como para no haber provocado nunca censura, ni aún en un discurso de alguno de los miembros del cuerpo encargado del enjuiciamiento. La Constitución, según esta hipótesis, es, en manos de la administración de justicia, un mero objeto de cera, que pueden ellos torcer y darle la forma que deseen. Debería recordarse como un axioma de permanente verdad en política que cualquier poder que es independiente dentro de cualquier gobierno, es también absoluto.” (Jefferson, 1984:1425).

Esta ingeniería institucional, colocando al Poder Judicial como último guardián respecto a la constitucionalidad de las leyes, recae en un “juriscentrismo” (García Jaramillo, En: Post y Siegel, 2013: 16) que en última instancia se parece más un gobierno de los jueces que a una república democrática. Si los jueces tienen la última palabra para definir la interpretación constitucional, sus acciones terminan decidiendo el significado de la Constitución para todo el cuerpo político:

“Estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es, y el poder judicial es la garantía de nuestra libertad y de nuestra propiedad bajo la Constitución.” (Hugues, 1908: 139).

La propia Corte Suprema de Estados Unidos lo ha especificado en sus fallos, al expresar que:

“(…) sin duda, las ramas políticas tienen un rol en interpretar y aplicar la Constitución, pero aún desde *Marbury* esta Corte ha permanecido como el último expositor del texto constitucional”. (“*United States c. Morrison*”, 2000) (1).

(1) Puede verse un resumen de los fallos en el sitio web del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

II. Contra-mayoritarismo judicial: sus implicancias actuales

El hecho evidente que los magistrados judiciales no provengan de la voluntad popular (al menos en la mayoría de los ordenamientos políticos contemporáneos) debería impulsar un proceso de debate y revisión de estos mecanismos.

El proceso de constitucionalización de los derechos implica un límite al poder de la soberanía popular, y si el guardián de ese ordenamiento es pura y exclusivamente un cuerpo no elegido, se torna una amenaza real el peligro de convertir al sistema en una oligarquía judicial carente de legitimidad democrática. En este sentido el análisis de este carácter contra-mayoritario fue desarrollado por primera vez en 1962 por Alexander Bickel —“counter-majoritarian difficulty”— (Bickel, 1986: s/n).

Adelantándonos a nuestra propuesta consideramos que el Poder Judicial debe ser uno de los actores a la hora de velar por el cumplimiento de la Constitución, pero no el único, y mucho menos el último.

En este punto es necesario analizar la cuestión de los “derechos fundamentales” y su posible colisión con el principio de la soberanía popular. La invocación de “Derechos Fundamentales” que debieran ser reconocidos imperativamente por los jueces y los demás poderes, podría servir para que determinadas élites hagan un uso abusivo de esta alegación, imponiendo así medidas con un escaso o nulo respaldo popular. La utilización del Poder Judicial para llevar a cabo “una revolución en los derechos” puede estar encubriendo algo mucho más prosaico: a falta de votos determinadas minorías controladoras utilizaran en estrados judiciales el argumento de los derechos fundamentales, para lograr imponer su agenda. En definitiva, la concepción de la democracia como un mero reaseguro de derechos fundamentales, los cuales en última instancia deben ser protegidos por un poder judicial, lleva al callejón sin salida de un orden político contra-mayoritario (Bedi, 2009:185). Además de desvirtuar las bases de nuestro sistema legal pasando de la ley como fuente primordial del derecho, a un sistema que se asemejaría mucho más al “common law”.

En los hechos los tribunales limitan los procesos de tomas de decisiones mayoritarias bajo el manto de “libertades” o “derechos fundamentales”. El jurista Sunstein lo expresa de esta manera: “decidir algunas prácticas vedadas para la política” (Sunstein, 1999: 53) y más aún: “anula la posibilidad de la democracia” (Sunstein, 1999: 26).

En palabras de dos autores argentinos:

“El “activismo judicial” en la Argentina actual ha tenido una recepción notable, que contrasta con la escasez de voces que alertan contra sus riesgos. Juristas que adscriben al liberalismo, al iusnaturalismo católico y aun al neoconstitucionalismo coinciden en reivindicar la potestad de los jueces para revisar ampliamente los actos privativos de los otros poderes. En muy pocos casos -Nino, Gargarella, por ejemplo- se advierte una verdadera preocupación ético-filosófica por limitar esa intervención, y justificarla en términos compatibles con la doctrina de la soberanía popular y el principio de la mayoría, como ocurre en el derecho comparado.” (Portero y Magri, 2010: 8).

Los intentos de justificar esa preeminencia del Poder Judicial radican en el enfoque perfeccionista: la existencia de valores sociales fundamentales, que no pueden ser afectados por lógicas políticas mayoritarias, y por ende debieran ser paulatinamente realizados por los tribunales. Estos últimos no estarían para reflejar una opinión popular sino que también, bajo este punto de vista, se acepta que la construyan. O dicho de otra manera: la ley y las sentencias judiciales como orientadoras de conductas, más que como un reflejo de lo que desea el ciudadano de a pie.

La defensa de este estado de cosas por parte de un Poder Judicial que actúa como una corporación, se manifiesta en un discurso donde el cuestionamiento al papel dado a los tribunales se entiende como un rechazo al orden constitucional y sus derechos. Los jueces disimulan su papel de actores políticos de primera magnitud bajo el manto discursivo de ser meros “instrumentos” del derecho.

Pero en realidad, determinar los derechos que los ciudadanos cuentan es tan político como el poder que se ejerce desde una legislatura o un referendo.

El riesgo que se corre con estos esquemas contra-mayoritarios es que si la interpretación del máximo tribunal no es sensible en lo absoluto a la opinión popular, y no deja abiertos canales para modificar su decisión, con el correr del tiempo los ciudadanos pueden llegar a considerarla autoritaria e ilegítima, con el consecuente riesgo de crisis de legitimidad o choques de distintos poderes públicos, que invocarán para sí la legitimidad democrática. Un ejemplo de esto último fue el enfrentamiento entre las ramas ejecutiva y judicial en la aplicación del New Deal durante la presidencia de Franklin D Roosevelt. (Post y Siegel, 2013: 34).

En el caso de Estados Unidos el accionar de la Corte Suprema imponiendo decisiones notoriamente contra-mayoritarias está presente, en los últimos años, en tres casos emblemáticos: “Citizens United v. Federal Election Commission” (2010), “MCcutcheon et al. v. Federal Election Commission” (2014), estos dos primeros fallos sobre inconstitucionalidad de límites a las aportaciones financieras en las campañas electorales; y “Hollingsworth v. Perry” (2013), inconstitucionalidad de la Proposición 8 del estado de California que pretendía definir constitucionalmente al matrimonio como un vínculo heterosexual, y prohibir —de hecho— el matrimonio entre personas del mismo sexo.

En el primero de estos fallos la Corte declaró la inconstitucionalidad de la “Bipartisan Campaign Reform Act” (también conocida como ley McCain-Feingold) la cual establecía la prohibición a empresas y sindicatos de financiar campañas electorales 30 días antes de una elección primaria, o 60 días antes de una general. La decisión judicial fue tomada basándose en el principio de “libertad de expresión” que a juicio de la mayoría de los jueces de la Corte se veía afectada. Para una gran cantidad de analistas provenientes de distintos campos ideológicos (la ley fue producto de un acuerdo entre republicanos y demócratas), pero especialmente del campo progresista (o “liberals”) esto implicaba dar luz verde a las grandes corporaciones (“big money”) para influir a su gusto en los resultados electorales por medio de elevadísimas aportaciones dinerarias, consagrándose así el poder decisivo de una oligarquía financiera. Quienes apoyaron, con entusiasmo, el fallo fueron algunos de los centros intelectuales del más rancio conservadurismo: The Heritage Foundation y Cato Institute. Para estos últimos el máximo tribunal había removido una prohibición arbitraria, atentatoria de derechos constitucionales, y nada había que temer del aporte de las grandes empresas a las campañas electorales.

Este camino se profundizó en “MCcutcheon et al. v. Federal Election Commission” (2014). La sentencia del tribunal dictó la inconstitucionalidad de la ley federal que establecía los límites máximos a la suma de todas las contribuciones económicas que un solo donante puede destinar a candidatos y partidos políticos. El fallo fue decidido, en las proximidades de nuevos comicios legislativos, con el apoyo de todos los jueces conservadores (cinco) y el rechazo de los progresistas (cuatro), derogando así uno de los pilares básicos de la legislación sobre la financiación electoral de Estados Unidos.

La decisión se basó en que las barreras contributivas restringen el derecho a la libertad de expresión consignado en la Primera Enmienda —posición de la mayoría de los jueces de la Corte Suprema y que también defiende la mayoría del Partido Republicano—, y fue rechazada por quienes sostienen que esos topes atemperan la influencia de los más ricos en los designios de la política y frenan la corrupción —tal y como ha defendido el Partido Demócrata con el presidente Barack Obama a la cabeza y se recoge en el voto de la minoría del Tribunal—.

La ley federal fija en 123.200 dólares la cantidad máxima que un particular puede donar durante dos años a candidatos, partidos y comités de acción política (PAC) —48.600 a los aspirantes y 74.600 a formaciones políticas—. La norma se dictó en 1974 —fue revisada en 2002— para impedir una posible compra de votos por parte de los donantes más ricos y restaurar la confianza en el sistema. Para la opinión mayoritaria de la Corte Suprema, esos límites no solo no disuaden de la corrupción sino que “impiden sin justificación que los ciudadanos puedan ejercitar la actividad más importante que garantiza la Primera Enmienda [...] la de participar en la elección de nuestros líderes políti-

cos" ("MCcutcheon et al. v. Federal Election Commission": 40). La sentencia del tribunal deroga esos máximos pero deja intacto el de 2.600 dólares que puede recibir un solo candidato a un cargo federal por cada contribuyente particular.

La resolución también favorecerá que los líderes de los partidos puedan tener un mayor control sobre las aportaciones dinerarias al tener vía libre para pedir a sus mecenas políticos sumas que ellos podrían destinar a los candidatos que crean conveniente.

El tercero de los fallos a analizar, "Hollingsworth v. Perry", es el de la inconstitucionalidad de la Propuesta 8 de California. Por medio de una iniciativa constitucional ligada a un referendo (Propuesta 8) los ciudadanos de ese estado lograron, en noviembre del 2008, reformar la Constitución estadual definiendo a la institución matrimonial como la unión de un hombre y una mujer, y de hecho prohibiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo (52,24% a favor, 47,76 % en contra). La inconstitucionalidad de la reforma fue solicitada a nivel de tribunales estatales (la cual fue concedida) y luego la Corte Suprema denegó a los partidarios de la Propuesta 8 el derecho de apelar ante el máximo tribunal nacional, dejando válida la decisión del tribunal californiano, y también opinando sobre el fondo de la cuestión señalando la inconstitucionalidad de la norma. En este caso los sectores de derecha o conservadores se quejaron por la violación a lo decidido directa y democráticamente por la ciudadanía (la voluntad contrapuesta de millones de ciudadanos contra menos de una decena de jueces), mientras que el campo progresista celebró la decisión judicial como una victoria de la igualdad y la no discriminación frente a una mayoría retrógrada.

Vemos aquí un rasgo particular de la dinámica de funcionamiento de un sistema anti-mayoritario: cada campo (derecha-izquierda / conservadores-progresista) reivindica la legitimidad democrática con la toma de decisiones por mayorías cuando estima que la cuestión en juego tiene respaldo popular, cuando no es así se invoca la amenaza a derechos constitucionales para apelar al supremo tribunal del estado o de la nación.

Este mayoritarismo oportunista, tanto de los conservadores como de los progresistas, también puede verse en sus intentos de influir en la selección de jueces para cumplir con los objetivos de sus agendas:

"Los conservadores les enseñaron a los progresistas que la acción política, en lugar de la estrictamente jurídica, es esencial para configurar el derecho constitucional mediante la incorporación de determinada ideología en el proceso de interpretación constitucional" (García Jaramillo." (Citado en Post y Siegel, 2013: 28).

En el mismo sentido van las palabras de Mark Kende:

"Solía ser fácil. A los liberales en general les gustaba la Suprema Corte de los Estados Unidos. Los conservadores eran escépticos. "Pero ahora", escribe citando a Bob Dylan, "los tiempos están cambiando". (Kende, citado en Post y Siegel, 2013: 43).

Una aristocracia judicial es así la mediadora entre lobbys de derecha e izquierda que intentan influir sobre la misma, para la obtención de objetivos que no pueden lograr en el campo electoral. La sobre-actuación del Poder Judicial va de la mano de la pasividad de los ciudadanos, para quienes la democracia es un ritual electoral que implica elegir representantes y por si esto no fuera suficiente un poder no elegido tendrá la última palabra para establecer los límites constitucionales. Límites estos que no provienen simplemente de la ley (fundamental) sino que también son creaciones jurisprudenciales de ese poder.

El principal rasgo de los defensores del sistema es su profunda desconfianza hacia la ciudadanía. Esto puede hacerse tanto desde la derecha, con la vieja jerga liberal de los padres fundadores de la constitución norteamericana (los peligros de la "tiranía de la mayoría"), o con un lenguaje "progresista" o de "centro izquierda" (el peligro del "populismo conservador" o del "populismo punitivo"). Si en la etapa más radicalizada de la Revolución francesa los jacobinos proclamaban "nada de libertad

para los enemigos de la libertad”, hoy el lema podría ser “la democracia sólo es para los demócratas”. Y para definir que es democrático o no (constitucionalmente hablando) estaría una burocracia judicial con su particular forma de ejercicio del poder.

Desde posturas “progresistas” (o, en la jerga política estadounidense, “liberals”) Robert Post y Reva Siegel buscan una conciliación entre su cosmovisión ideológica (a menudo impuesta a través de fallos de la Corte Suprema en virtud del “activismo judicial”) y el principio de la legitimidad democrática:

“Surge una tensión entre la necesaria cautela judicial y la también necesaria realización de las provisiones constitucionales progresistas.” (García Jaramillo, citado en Post y Siegel, 2013: 23).

“La concreción de las provisiones constitucionales garantistas depende en gran medida que los tribunales no procuren sustituir a las otras ramas del poder público al monopolizar la realización de la Constitución. El progresismo modera su activismo cuando se enmarca en una adecuada cautela judicial.” (García Jaramillo, citado en Post y Siegel, 2013: 26).

Estos autores parten de la base que en su postura (a la que denominan “constitucionalismo democrático”) el derecho constitucional de origen judicial y la práctica democrática se influyen recíprocamente (Post y Siegel, 2013: 71).

Pero la democracia no sería una mera acumulación numérica de preferencias (un puro mayoritarismo) sino “la realización del complejo valor sustantivo del autogobierno colectivo” (Post y Siegel, 2013: 129).

A juicio del presente trabajo la de Post y Siegel es una propuesta noble y honesta, que busca (desde el progresismo) conciliar los dos extremos en juegos (gobierno de los jueces vs. omnipotencia de las mayorías) pero no alcanza a precisar cómo se logra ese loable punto intermedio.

III. Nuestra propuesta: revocatoria popular de sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una norma

Finalmente podemos abordar nuestra propuesta práctica como forma de preservar la legitimidad democrática en el control de constitucionalidad: la adopción del mecanismo de la revocatoria popular de sentencias. Postulamos la misma, pues partimos de la base que si hablamos de una república democrática, además del sistema de pesos y contrapesos producto de la división de poderes, también hay que pensar en quien es el titular de la soberanía. Entendiendo a este último término como el poder que establece la ley y su correspondiente interpretación. Y si pensamos al término república vinculado al de democracia (“república democrática”), entonces la lógica lleva a postular un sistema donde exista la posibilidad que la decisión última respecto a la constitucionalidad o no de una ley esté en manos de la ciudadanía.

No se le niega al máximo tribunal la posibilidad de interpretar el ordenamiento constitucional y efectuar el correspondiente control, pero siempre bajo la premisa que atento al carácter democrático del sistema existe una autoridad por encima de los tres poderes con la posibilidad de revocar las decisiones de los poderes derivados. Un “pueblo” que no es una mera construcción teórica o declarativa, sino que es un verdadero poder supervisor.

En la doctrina Argentina Jorge Vanossi ha sostenido una postura similar:

“Todo mecanismo de defensa implica la eventualidad de una crisis, y las constituciones que no están preparadas para superar las crisis llevan consigo la semilla de su extinción o de su destrucción. El “referéndum” o la “revocatoria” pueden funcionar —en ciertas circunstancias— como mecanismo de solución en conflictos institucionales agudos, al poner término en forma cierta e incondicional un conflicto que los poderes constituidos no alcanzan a dirimir con igual eficacia. Y uno de esos conflictos puede estar originado en el enfrentamiento de poderes resultado del choque entre la decisión judicial de control y el acto legislativo de mantener la norma impugnada” (Vanossi, 1976: 137 y 138).

En el derecho comparado podemos citar el caso de Colorado en Estados Unidos donde el 5% del padrón electoral tiene la facultad de reclamar que se someta a referendo una ley que el tribunal superior del estado ha declarado inconstitucional (Cenicacelaya, 2008: 114).

Se postula en este trabajo una concepción convencionalista de la justicia —basada en la soberanía popular—: la justicia es lo que los hombres han acordado —a través de los mecanismos de la democracia contemporánea— que deben considerar como justicia. Cuando entre dos sujetos surge una controversia, la única manera de resolverla sin recurrir a la fuerza será la de recurrir a una instancia jurisdiccional y acordar que su decisión sea considerada justa, sin estar sujeta la vigencia de la misma a evaluaciones subjetivas de las partes. En un sistema democrático, el Soberano (es decir el poder de establecer lo que es justo y lo que es injusto), será la voluntad popular a través de las distintas formas de expresión de la misma (elección de representantes y participación a través de las llamadas formas semi-directas de democracia).

En nuestra defensa de un constitucionalismo democrático podríamos citar a Aristóteles cuando afirmó que las decisiones tomadas por la mayoría son mejores que la de unos pocos virtuosos aun cuando los integrantes de esa mayoría individualmente hablando sean inferiores a los hombres de virtud. Pues si cada individuo tienen una parte de virtud y sabiduría práctica, ellos pueden ponerlas en común y ser mejores gobernantes que el más sabio de los individuos. (Aristóteles, 2013-III: 11).

Atento a que este tema, en la Argentina, ha sido recientemente abordado por el poder legislativo nacional, a raíz de un proyecto de reforma presentado por el ejecutivo para la elección popular de parte de los integrantes del Consejo de la Magistratura (iniciativa presentada bajo el presuntuoso título de “democratización de la justicia”) es necesario hacer una precisión: nosotros hablamos de otra cosa. Pues “democratizar la justicia”, a nuestro leal saber y entender, solo puede significar dos cosas, a saber: 1) Elección popular de magistrados (lo cual, por razones muy largas de exponer, este trabajo no plantea 2) Dar la posibilidad que los ciudadanos en referendo tengan la última palabra a la hora de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley (lo cual es la propuesta central de esta ponencia). En realidad lo que propusiera el actual gobierno más que “democratización” de la justicia es la partidización de la misma; es decir que sean representantes de los partidos políticos, que ya son los intermediarios obligados para proporcionar funcionarios electos de los poderes ejecutivo y legislativo, los que también candidateen consejeros para el órgano encargado de proponer la designación y remoción de jueces. Viene a la mente del autor esta ponencia la humorada que alguna vez escuchó de un expositor en una “Jornadas de democracia participativa”, hecha ya hace algunos años: “Frente a la crisis de representación tenemos una propuesta superadora: ¡más representación!”

Volviendo al tema central de nuestro análisis podemos decir que la generalidad y abstracción de una ley (proveniente de la soberanía popular) dan mayor resguardo a los principios de igualdad y seguridad jurídica que dejar librado las decisiones a otras fuentes del derecho tales como los precedentes jurisprudenciales o libres interpretaciones de lo que un máximo tribunal entiende por derechos constitucionales, humanos o fundamentales.

Y habiendo mencionado a los Derechos Humanos se hace necesario abordar por separado la relación de los mismos con la forma de democracia semi-directa aquí propuesta.

IV. “Plebiscitarismo” vs. Derechos Humanos. O la vuelta de la “tiranía de las mayorías”

Mencionamos los Derechos Humanos, pues coincidimos con lo expresado por Eugenio Bulygin en ocasión de recibir su título de Doctor Honoris Causa en la Universidad de Alicante: los mismos son una manifestación actualizada de lo que antes se llamara derechos naturales:

“En lo referente a las ideas jusnaturalistas de los legisladores y constituyentes no me parece que sea algo nuevo. Antes invocaban a Dios para sostener el derecho divino de los reyes o para afirmar que es fuente de toda razón y justicia, y ahora recurren a la libertad y a los derechos humanos. Pero no

veo de qué manera esas ideas, más o menos respetables, pueden influir en la filosofía del derecho.” (Bulygin, 2008: 322).

Si intentamos precisar el alcance de los Derechos Humanos, podemos decir que convencionalmente hablando casi todos los estados de la tierra han declarado (en los hechos es otra cosa) que determinadas prácticas son contrarias a lo que se entiende por Derechos Humanos (por ejemplo: ejecuciones extrajudiciales, torturas, persecuciones por motivos raciales-religiosos, discriminación por género, entre otras), y en eso hay una suerte de acuerdo global. Puede precisarse ese entendimiento global en la fórmula citada por la Corte Constitucional de Colombia, a la hora de autorizar la intervención estatal dentro de una comunidad indígena, en un caso que comprendía cuestiones de diversidad étnica y cultural:

“(i) Cuando el derecho vulnerado o amenazado, corresponda a uno de los considerados como mínimos universales, es decir, los derechos a la vida, integridad o libertad.” (Sentencia T-001/12 de la Corte Constitucional de Colombia).

A una postura similar apunta Robert Burt cuando sostiene que las Cortes deberían actuar solo cuando el proceso democrático de toma de decisiones conduce a una “dominación”. (Burt, 1992: 369).

Bajo esta concepción de lo que entendemos por “derechos fundamentales”, es posible construir un sistema que potencie los mecanismos democráticos de decisión junto con la preservación de derechos considerados inviolables por cualquier proceso mayoritario. Ahora bien si caemos en la postura de expandir esa comprensión de los derechos (la “revolución de los derechos” vía activismo judicial de supremos tribunales, o la democracia como un mero conjunto de derechos fundamentales) caemos en el riesgo que, con claridad, expresa Sonu Bedi:

“En el plano de los derechos, el debate siempre es sobre cuál es la categoría que debiera ser invocada, si es, por ejemplo, la cuestión de la privacidad, la “igualdad de la mujer”, la libertad de expresión o la propiedad. Esto conduce al problema de la incommensurabilidad. Un grupo afirma que una actividad cae bajo una categoría no-protegida, y el otro grupo afirma lo contrario. Por ejemplo, los opositores a las acciones afirmativas sostienen que los programas centrados en la categoría de raza son una forma de discriminación racial. Estos programas violan el derecho de la persona a la igualdad formal. Los proponentes de esta legislación correctiva caracterizan a esa actividad —el tratamiento especial de los individuos de una raza respecto a los de otra— como una medida anti-subordinación, y por ende sería la promoción de la verdadera igualdad. De acuerdo con esta posición, en la acción pro-positiva no hay violación del derecho a la igualdad. ¿Qué categoría es relevante: la igualdad formal o la anti-subordinación? Entonces, en tanto es así, ¿podemos siquiera debatir el tema?” (Bedi, 2009:35).

Si no seguimos el enfoque de los mínimos que ut supra la Corte Constitucional colombiana especificara, corremos el riesgo de caer en una inmensa zona gris donde no queda claro que conductas violan esos derechos, y cuál es la instancia de decisión a la hora de clarificar esos aspectos.

Como muestra un ejemplo en el marco Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo: la ley del actual gobierno islamista turco que *permite* a las mujeres usar el hijab (pañuelo que cubre la cabeza) en edificios públicos, lo cual antes estuvo prohibido por las fuerzas políticas laicas que gobernaron con apoyo del ejército (debe hacerse notar que el partido islamista ganó elecciones no cuestionadas). Quienes impugnaron esta ley (la que permite llevar la prenda) desde un discurso laico y feminista, señalan que se violan los derechos humanos de la mujer por ser una vestimenta discriminatoria y una manifestación de religiosidad incompatible con una concepción laica del orden público; el gobierno responde que en Turquía quien quiere usa el pañuelo y quien quiere no, y que además la ley cuenta con apoyo popular. ¿Quién tiene la razón? (desde el punto de vista de los derechos humanos).

La imprecisión y la evidente carga de subjetividad política a la hora de definir los derechos humanos se hace evidente en la falta de coherencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos

Humanos en esta temática de la exhibición de símbolos religiosos en los establecimientos educativos, pues junto con sentencias que avalan la prohibición del velo en lugares de enseñanza en Turquía (“Leyla Sahin v. Turkey” 2005) y en Francia (“Aktas v. France”, “Bayrak v. France”, “Gamaleddyn v. France”, “Ghazal v. France”, “J. Singh v. France” and “R. Singh v. France”, 2009) a la vez permitieron a una escuela pública italiana tener crucifijos en las paredes de las aulas (“Lautsi and Others v. Italy”, 2011). Todas estas decisiones (las dos primeras en absoluta contradicción con la última) fueron hechas en aras del principio del “margen de apreciación” o “deferencia” que se le otorga a cada Estado para interpretar cuestiones tales como la libertad religiosa y el laicismo estatal. De allí que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pudo entender que Turquía (en ese entonces, no en la actualidad bajo el gobierno de un partido islámico) y Francia podían prohibir el velo en los establecimientos educativos, y la vez en Italia una escuela pública podía tener crucifijos en cada una de sus aulas... (3)

Entiéndase bien: en este trabajo estamos plenamente de acuerdo con lo que convencionalmente (tratados internacionales) se ha definido como “derechos humanos”, y nos parece valioso su defensa.

Pero no podemos dejar de llamar la atención sobre las analogías que tiene con los “derechos naturales” y por ende señalar que cuentan con una debilidad congénita, que se expresa con claridad en estas “zonas grises” que hemos ejemplificado. Y en algo más peligroso: la necesidad de un nuevo clero que tenga el monopolio de su interpretación y aplicación (la judicatura).

Debe notarse que el recurrir al derecho natural/derechos humanos o a los precedentes jurisprudenciales (*comon law*, y “realismo jurídico”) como fuentes primordiales del Derecho lleva a una instancia aristocrática de decisión. Y tomamos este término en sus dos acepciones: la cuantitativa (pocos) y la cualitativa (presuntamente los mejores). En el caso de la jurisprudencia como fuente primordial, los criterios de decisión quedan en manos de magistrados que no han sido elegidos democráticamente, y en el segundo caso (Derechos Humanos) las reglas a aplicar, en los hechos, quedan bajo una combinación de creaciones intelectuales provenientes del mundo académico y de los tribunales, que muchas veces después de ser implementadas durante mucho tiempo por la vía judicial, se positivizan en normas nacionales o internacionales. Pero el hecho originario creador de las mismas estuvo sustraído a las instancias de expresión de la soberanía popular (órganos representativos: parlamento, congresos nacionales o formas semi-directas de democracia: referéndum). Y no es casual que los partidarios de estas corrientes suelen evitar cuidadosamente la legitimación por este último medio.

Si entendemos la democracia como el gobierno de la mayoría con el respeto a los derechos de la minoría (derechos estos últimos recogidos en todos los ordenamientos constitucionales de Occidente) no es admisible confiar la aplicación y creación del derecho a sistemas que en última instancia depositan la creación de reglas en una minoría controladora (judicial o académica) sin que sus creaciones puedan estar sujetas al control popular. Esto no implica que rechacemos lo que en forma casi unánime se considera “derechos humanos”, pero no reconocemos en las áreas de divergencia el derecho de una minoría a imponer sus creencias.

En palabras de Bulygin:

“Estoy firmemente convencido de que Mozart es más valioso que Johann Strauss, que la catedral de Chartres le supera en belleza al monumento a Vittorio Emmanuele, que Gandhi es moralmente superior a Bush, que la democracia es preferible a una dictadura, que una botella de un buen tinto es mejor que Coca-Cola. Pero no creo que todo esto sean verdades. Por consiguiente, seguiré incurriendo en mis herejías, cosa que no me impide gozar de obras artísticas, criticar a malos políticos, respetar los derechos humanos y disfrutar de manjares culinarios.” (Bulygin, 2008: 324).

V. Conclusiones

“Para tomar una decisión constitucional genuina es necesario que participen algunos de los que están siendo gobernados, en contraste con aquellos que gobiernan. Esto diferencia dicho acto constituyente de un golpe de Estado.” Carl Friedrich. (Friedrich, 1950. Citado en Kalyvas, 2005:118. La traducción es nuestra).

Los reclamos de la derecha/neoconservadores y de la izquierda/progresistas sobre el déficit democrático del sistema político, y en particular de las decisiones judiciales alejadas del sentimiento popular tienen un gran sustento en la realidad. Lo que estos sectores no advierten, aparte de su mayoritarismo sesgado y oportunista, es que esta situación es el resultado de decisiones fundacionales basadas en una clara cosmovisión: el liberalismo. La adopción en Estados Unidos, por parte de los “padres fundadores” del ordenamiento constitucional de ese país, de un sistema de pesos y contrapesos (*check and balances*) por medio de la división de poderes tenía como finalidad el limitar el poder de las mayorías en lo relativo a temas tales como la propiedad, la libertad de comercio, la autonomía contractual y lo que en líneas generales hoy es llamado “seguridad jurídica” (para el capital). En este contexto, las mayorías eran vistas como una amenaza por su potencial ánimo revanchista y confiscatorio contra las elites político-económicas conductoras de ese proceso. Ese esquema se exportó primero a Occidente y a su periferia (Latinoamérica) dando como resultado un orden al servicio del capital concentrado.

Ahora bien, en las últimas décadas, esa ingeniería institucional contra-mayoritaria empezó a ser reivindicada desde sectores “progresistas” o de “centro-izquierda” a los efectos de preservar lo que ellos entienden como “derechos humanos” o “derechos fundamentales” del embate de las mayorías (por ejemplos leyes de matrimonios entre personas del mismo sexo, despenalización del aborto, acciones afirmativas en cuestiones de género o raciales, legislación penal restrictiva de las medidas privadas de la libertad, etc.).

Desde el punto de vista ideológico, el resultado de este esquema de organización institucional fue bien descrito en uno de los últimos números de la publicación “The Economist”: el triunfo del liberalismo (en ese artículo periodístico centrado en las nuevas generaciones de ciudadanos ingleses). Y cuando mencionamos al “liberalismo” no caemos en el error de confundirlo con el término peyorativo de “neoliberalismo” (el cual entendemos como el mero libre-mercado puramente económico o liberalismo manchesteriano) sino en la acepción amplia del término: liberalismo político, económico, y cultural. Así es que, en el análisis de la citada publicación, los jóvenes británicos son cada vez menos entusiastas del estado de bienestar o *welfare state* confiando más en los esfuerzos del individuo en el campo laboral (liberalismo económico), y a la vez más abiertos a cuestiones tales como la inmigración, el matrimonio entre personas del mismo sexo, o el consumo personal de drogas (liberalismo cultural). Semejante posicionamiento choca contra los partidos que, según The Economist, han sido los enemigos históricos del liberalismo en la isla: los Laboristas, por su discurso pro estado de bienestar (aunque con la llamada “Tercera vía” se hayan volcado a la derecha), pero también con los Conservadores o “Tories” quienes tradicionalmente sostuvieron posiciones intransigentes respecto a la inmigración, o a los cambios en la legislación matrimonial solicitados por los colectivos homosexuales. Según la publicación estas preferencias liberales de la juventud no tienen un partido de alcance nacional que las represente, pero consideran al actual alcalde de Londres (un conservador muy heterodoxo, al menos en sus formas) como un aislado exponente de las nuevas generaciones.

Citamos ese artículo de Gran Bretaña pues, desde nuestro leal saber y entender, la queja de derecha e izquierda respecto a los déficits democráticos contemporáneos y en particular de los derivados de las sentencias de los máximos tribunales a la hora de abordar la constitucionalidad de las leyes, obedece a ignorar una simple realidad. Sin ponernos agresivos, pero usando una retórica ya instalada en el discurso político y en el análisis académico, y que nos permite expresarnos con la claridad y vehemencia necesaria, decimos:

¡Estúpido, es el liberalismo!

Una clase social (la burguesía) creó hace más de 225 años, en los EE.UU., una organización institucional basada en los derechos del individuo, y en dos grandes enemigos a neutralizar: el poder despótico de uno solo, y el de la mayoría. La terminología usada para describir el sistema por parte de los padres fundadores (“república”) y la condena hacia otro término que podía entenderse como legitimador de una opresión popular (“democracia”) estaba muy clara. También se explicitaban sin ninguna ambigüedad los derechos a defender: entre ellos la propiedad. Este sistema, admitámoslo,

tuvo enormes logros tanto en lo relativo a garantizar un espacio de autonomía y libertad individual, como para fomentar la expansión de fuerzas productivas basadas en ventajas tecnológicas (producto de innovaciones que eran recompensadas por el mercado), como en la eficiencia mostrada por capitales cada vez más concentrados y por ende con mayores ventajas de escala para producir bienes o servicios.

Pero en la actualidad las críticas tanto de derecha e izquierda, y la inconformidad que se percibe en los ciudadanos comunes, revela lo que está faltando: el edificio democrático tiene una cada vez más sólida columna liberal, pero le falta el otro gran pilar: la soberanía popular. La cual para nosotros, evidente a esta altura del presente trabajo, no es simplemente votar cada dos años.

En todo caso, para terminar, nos parece importante expresar que en una organización política hay una diferencia decisiva en lo relativo a cuales fuentes nutren el sentimiento de un “nosotros”, no es lo mismo si las personas derivan su sentido de pertenencia de una activa participación en la toma de decisiones políticas (“Nosotros, los que decidimos”), que de una creencia en un ser nacional prepolítico, cuya existencia debiera ser preservada por una elite gobernante (político-partidista o tecnocrática judicial) que en nada consulta a los ciudadanos bajo su poder.

Solo un “Nosotros” basado en el poder de decisión popular podrá garantizar la persistencia de una identificación ciudadana con la dinámica del sistema, fundamento esencial de todo proyecto democrático que aspire al éxito.

VI. Bibliografía

ARISTÓTELES (2013). *La política*. Disponible en: <http://plato.stanford.edu/entries/aristotle-politics/> [Fecha de consulta: 7-6.2014].

BEDI, Sonu (2009). *Rejecting Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.

BICKEL, Alexander M. (1986). *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven, Conn.: Yale University Press.

BULYGIN, Eugenio (2008). “Discurso pronunciado por el Dr. Eugenio Bulygin con motivo de su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Alicante”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 6, N°12, pp. 319-324.

BURT, Robert A. (1992). *The Constitution in Conflict*. Cambridge, Mass.: Belknap Press.

CENICACELAYA, María (2008). *Participación ciudadana. Teoría y práctica de la democracia directa*. La Plata: Editorial de la Universidad Nacional de La Plata.

JEFFERSON, Thomas (1984). *Thomas Jefferson Writings*. New York: Library of America.

FRIEDRICH, Carl J. (1950). *Constitutional Government and Democracy. Theory and Practice in Europe and America*, Boston y Nueva York, Ginn and Company.

HUGUES, Charles Evans (1908). *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906-1908*. New York and London: G. P. Putnam's sons.

PORTERO, Jorge Luis y MAGRI, Eduardo (2010). “El caso Thomas. La CSJN puso las cosas en su lugar. Los efectos no deseados de la ampliación de las fronteras de la justiciabilidad sobre la gobernabilidad democrática”. En: *La Ley*, Buenos Aires.

POST, Robert y SIEGEL, Reva (2013). *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo XXI.

SUNSTEIN, Cass R. (1999). *One case at a Time: Judicial minimalism on the Supreme Court*. Estados Unidos: Harvard University Press.

The strange rebirth of liberal England. Londres. The Economist, 1-6-2013. Disponible en: <http://www.economist.com/news/leaders/21578660-young-britons-have-turned-liberal-both-socially-and-economically-politicians-need-get>. [Fecha de consulta: 6-6-2014].

VANOSI, Jorge Reinaldo (1976). *El poder de revisión judicial. Su significado político y su importancia institucional*. (Tesis de doctorado). Buenos Aires: UBA.

VII. Jurisprudencia consultada

SC, 2-4-2014, MCcutcheon et al. v. Federal Election Commission, Disponible en: http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-536_e1pf.pdf. [Fecha de consulta: 7-7-2014].

SC, 18-8-2010, Citizens United v. Federal Election Commission, Disponible en: <http://www.supremecourt.gov/Search.aspx?FileName=/docketfiles/08-205.htm> [Fecha de consulta: 7-7-2014].

SC, 26-6-2013, Dennis Hollingsworth, et al., Petitioners v. Kristin M. Perry, et al., Disponible en: <http://www.supremecourt.gov/Search.aspx?FileName=/docketfiles/12-144.htm> [Fecha de consulta: 7-7-2014].

Bases para actualizar el código modelo procesal civil para Iberoamérica

POR ROBERTO O. BERIZONCE (*)

Sumario: I. La urgente necesidad de reformar el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. — II. Las circunstancias sobrevinientes: profundas reformas en el orden constitucional y convencional y nuevas concepciones sistemáticas del servicio jurisdiccional. — III. Hacia la transformación estructural del modelo procesal civil. — IV. Epílogo. — V. Bibliografía.

“La penuria de litigar sin horizontes de efectivo rendimiento, a través de las mallas de un procedimiento agobiante, son circunstancias que se viven todos los días y conforman una escena desoladora. Traducen, asimismo, con más elocuencia y penetración que toda otra reflexión, la necesidad de poner fin a un aparato judicial que se halla en las antípodas de nuestro tiempo, cuyo pulso vital, por cierto, es de un ímpetu peculiar...” Augusto M. MORELLO, 1967. *La reforma procesal civil en Buenos Aires*. La Plata: Ed. Platense, La Plata. Prefacio, p. XIX.

Resumen: A partir de la urgente necesidad de transformar los Códigos Procesales en lo Civil y Comercial, adecuándolos a los principios y valores emergentes de la reforma constitucional de 1994 en sintonía con las convenciones internacionales, se analiza las nuevas concepciones sistemáticas del servicio jurisdiccional y los modelos de gestión, al igual que la irrupción de los medios alternativos de solución de controversias. En base a ellos se formulan concretas propuestas de avance para los transformación estructural del modelo de enjuiciamiento civil, que incluyen, entre otras, la adopción del proceso por audiencias ante jueces monocráticos, la regulación de las tutelas procesales diferenciadas, la instrucción preliminar en conexión con los medios alternativos, la incorporación de técnicas de gestión de las causas y las nuevas tecnologías, las medidas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia, los tipos procesales sumarios, los procesos colectivos y repetitivos, los procedimientos de ejecución de sentencia y las estructuras monitorias. Transformaciones, se concluye, que requieren para su efectiva concreción una voluntad política seria y sostenida.

Palabras clave: Proceso civil, propuestas reforma, transformación estructural, técnicas procesales.

DES BASES POUR ACTUALISER LE CODE MODÈLE DE PROCÉDURE POUR IBÉROAMÉRIQUE

Résumé: À partir de besoin urgent de transformer les Codes de procédure Civil et Commercial, pour les rendre adéquats aux principes et valeurs qui ont surgit de la réforme constitutionnelle de 1994, en accord avec les conventions internationales on analyse les nouvelles conceptions systématiques du service de la juridiction et les modèles de gestion, ainsi que l'apparition des moyens alternatifs de solution de litiges. Fondé sur ces derniers on formule des propositions concrètes pour avancer dans la transformation structurelle du modèle du procès civil, qui incluent parmi d'autres, l'adoption du procès par des audiences devant des juges monocratiques, la régulation des tutelles procédurales différenciées, l'instruction préliminaire en connexion avec les moyens alternatifs, l'incorporation de techniques de gestion des affaires y les nouvelles technologies, les mesures préparatoires, satisfaisantes et d'urgence, les procès sommaires, les procès collectifs et répétitifs, les

(*) Profesor Emérito de la Universidad Nacional de La Plata. Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

procès d'exécution de sentence et les structures de contrôle. On conclut que ces transformations pour être réalisées ont besoin d'une volonté politique sérieuse et prolongée dans le temps.

Mots clés: Procès civil, propositions de réforme, transformation structurelle, techniques procédurales.

I. La urgente necesidad de reformar el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

No se requiere mayor esfuerzo argumentativo para afirmar la urgente necesidad de transformar el ordenamiento vigente, si se piensa que ha transcurrido casi medio siglo desde su sanción en 1967 y que las sucesivas reformas que le fueran introducidas —las más notorias han sido la ley 22.434 de 1981, 24.573 de 1995 y 25.488 de 2001—, mantuvieron sus estructuras básicas sustentadas en el arcaico modelo escriturario de raíz colonial, desentendiéndose de cualquier atisbo de intermediación y oralidad (MORELLO, SOSA y BERIZONCE, 1982:517 y ss.). Implicaron tal solo reformas aisladas o “puramente cosméticas”, “no exentas de ingenuidades o simplemente retrógradas”, especialmente la última, que constituyó un penoso retroceso al derogar el tipo procesal sumario, uno de los mejores hallazgos del ordenamiento de 1967 que, al menos, tuvo el mérito de organizar sistemáticamente las tradicionales instituciones del proceso civil clásico. Los encomiables esfuerzos de transformación alentados desde la doctrina y auspiciada reiteradamente en los congresos nacionales de Derecho Procesal, nunca terminaron de germinar (MORELLO, 2002:43 y ss.). No lograron instalar con solidez, salvo algunas excepciones en las provincias, una voluntad política de cambio que fuera acompañada por todos los operadores jueces y abogados, y que conmoviera a los poderes políticos responsables.

En ese cuadro que se ha mantenido hasta el presente, el desajuste del modelo procesal incide de modo notorio en la ineficacia general del sistema de justicia.

II. Las circunstancias sobrevinientes: profundas reformas en el orden constitucional y convencional y nuevas concepciones sistemáticas del servicio jurisdiccional

Interesa analizar ciertos fenómenos jurídicos que se fueron gestando contemporáneamente que trajeron consigo diversas transformaciones en el ordenamiento fundamental, en la búsqueda de respuestas a los problemas más acuciantes de los sistemas de impartición de justicia. Al margen de la complejidad de aquellas transformaciones y las insalvables dificultades para aprehenderlas más allá de sus contornos, ha de convenirse que, aún a riesgo de una excesiva simplificación, han sido las reformas sucedidas en el plano constitucional, por un lado, y en paralelo de las convenciones internacionales, por otro, las que mayor impacto han producido sobre los sistemas jurídicos en general y, particularmente, en el de la prestación de justicia.

1. Transformaciones en el sistema de justicia: constitucionalización de nuevos derechos y garantías

La reforma constitucional de 1994 trajo consigo profundas transformaciones con incidencia directa sobre el sistema de justicia (BERIZONCE, 2011: 713 y ss.).

El tradicional “bloque de constitucionalidad” se ha visto notoriamente amplificado, con la consagración de nuevos derechos y garantías, propios de la tercera y cuarta “generación”, incluyendo la tutela de los derechos difusos y colectivos, de consumidores y usuarios en general y de protección del medio ambiente. Ha operado igualmente el fenómeno de la *constitucionalización de las garantías* —amparo, *habeas corpus*, *habeas data*— y, más específicamente, de aquella que asegura el acceso irrestricto a la jurisdicción y la tutela judicial efectiva, una de las garantías más trascendentes, por constituir el derecho a hacer valer los propios derechos (ÁLVARO DE OLIVEIRA, 2008: 67 y ss.; VALLESPIN PÉREZ, 2008: 85 y ss.).

En paralelo, han cobrado paulatinamente operatividad los derechos y garantías de la jurisdicción estampados en los tratados y convenciones internacionales sobre Derechos Humanos —particularmente, el Pacto de San José de Costa Rica, arts. 8º, 25 y conc.— (GARCÍA RAMÍREZ, 2002: 105 y ss.), que están por igual mandato asegurados positivamente por el Estado. Una rica y creativa doctrina

jurisprudencial de los órganos transnacionales de la región —la Corte Interamericana de Derechos Humanos— está siendo receptada —al igual que en otros países signantes del Pacto de San José—, por los propios tribunales nacionales, particularmente para la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos de incidencia colectiva en general (HITTERS, 2009; 7 y ss.).

En ese contexto de generalización creciente se gestan nuevos desafíos para el legislador, y no menos acuciantemente para los jueces, llamados todos a imaginar nuevos y más complejos instrumentos y técnicas procesales de todo tipo, para asegurar en concreto la virtualidad y operatividad de todo el catálogo de los nuevos derechos y garantías. Se van perfilando con contornos cada vez más nítidos los típicos procesos de la *justicia de “protección” o “acompañamiento”* (CAPPELLETTI, 1981: 165; MORELLO, 1989, 11 y ss.), para los litigios sobre derechos y situaciones de tutela preferente y, también para los denominados *procesos de interés público*, estructurales o remediales, destinados a reglar los litigios colectivos (FISS, 2007: 47 y ss.; LORENZETTI, 2010; BERGALLO, 2006; COURTIS, 2006; BERIZONCE, 2010: 169 y ss.; BERIZONCE, 2011: 69 y ss.).

2. Las concepciones sistemáticas del servicio jurisdiccional y la importancia de los modelos de gestión

Desde otra perspectiva, resalta igualmente como factor incidente el afianzamiento de una concepción sistemática de los esquemas de justicia, con virtualidad directa para destruir el viejo mito que ingenuamente hacía suponer que la solución de los tan intrincados cuan complejos problemas de la prestación jurisdiccional dependía tan solo de un buen código procesal.

a. Como todo sistema, el de justicia se fragmenta en diversos niveles —organización tribunali-cia, infraestructura y medios materiales, recursos humanos, modelos procesales, la situación de los propios litigantes y sus abogados, asesoramiento técnico auxiliar a cargo de peritos y consultores, organización, dirección y gestión de los órganos y de los conflictos, control de todas las actividades, etc.—. Todos esos factores se articulan e influyen recíprocamente, por manera que los “productos” y resultados que se derivan del servicio jurisdiccional dependen directa o indirectamente de la armónica conjugación de todos y cada uno de aquellos. De donde, se concluye, el modelo procesal no es sino uno de tales factores, necesario pero no suficiente para la transformación del sistema de enjuiciamiento.

b. Se enfatiza, entre otros factores de incidencia decisiva, la *organización del despacho (oficio) judicial*, estrechamente ligado con el mejor aprovechamiento de los recursos materiales y la eficiencia en general. Entre las técnicas novedosas se incluyen la flexibilización de la estructura del despacho; servicios comunes para tribunales; adecuado manejo del personal; gestión de los casos (*case management*); informatización de los procesos de gestión; aplicación de las tecnologías de la información (1) (VARGAS VIANCOS, 2003: 87-90; id. 2006: 78 y ss.; id., 2006: 73 y ss.). El continuo avance del estudio de las organizaciones y el desarrollo de métodos para que cumplan su objetivo de eficacia y se adapten a las nuevas necesidades en un proceso de mejora permanente, ha conducido recientemente a la generación de los denominados *modelos de calidad*, verdadero (QUIROGA LAVIÉ, 1998: 151 y ss.).

c. En el balance de todas esas tendencias, puede afirmarse que cualquier transformación del sistema de enjuiciamiento común requiere necesariamente de la conjugación armoniosa de los diversos factores incidentes —estructuras, hombres, modelo formal y sus derivados—.

Es compartida, por ello, la generalizada convicción que las transformaciones estructurales de los sistemas de justicia presuponen la existencia de una clara y firme voluntad política, expresada en políticas públicas enmarcadas en un plan global, sistemático, coherente y sostenido en el tiempo.

(1) Entre nosotros, puede consultarse ponencias y relatos generales sobre técnicas de gestión judicial y eficacia del proceso en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Facultad de Derecho UBA-AADP [2009: 206].

Un pacto de Estado explícito (2) o táctico, que asegure la provisión de recursos materiales suficientes, adecuada planificación, líneas maestras del modelo procesal, formación de recursos humanos y demás “insumos” de la reforma. Es que el diseño y operatividad del sistema judicial constituye desde siempre una obra política, no académica (COUTURE).

3. *La irrupción de los medios alternativos de solución de conflictos*

Desde principio de los años '90 se asistió a una verdadera explosión de los diversos medios alternativos de solución de conflictos, que se instalaran paulatina aunque dificultosamente en los usos colectivos, desarrollándose y creciendo sin cesar. Claro que en los diversos ordenamientos, distintas han sido las experiencias, con relación a cada una de las modalidades. Podría sostenerse que, en general, se han desarrollado diferentes métodos de negociación, incluyendo la mediación, la conciliación judicial y el arbitraje, bajo singulares formas organizativas —judicial, administrativo, institucional o “administrado”—. (3)

En un balance provisional de todas esas experiencias, aún en curso entre nosotros, quizás se exhiban todavía más dudas y claroscuros que certezas. Parece cierto, como uno de los datos más relevantes, que se trata de métodos particulares para dirimir los conflictos, superadores en general de la confrontación entre las partes y en los que se emplaza al órgano —conciliador, mediador, componedor, árbitro— en una dimensión singular, como verdadero “acompañante” de aquellas, como guía en la búsqueda de soluciones autocompuestas —conciliación, mediación—, o ya para resolver el entuerto heterónomamente pero según reglas libradas a su leal saber y entender —amigable composición—. Siempre tras el logro del desenlace más justo y razonable. También está clarificado que solo cierta categoría de conflictos son los que toleran ser canalizados por tales medios alternativos, precisamente aquellos típicos que se derivan de las relaciones de “coexistencialidad” (CAPPELLETTI, 1981: 49 y ss.; id., 1981: 165 y ss.) —cuestiones familiares y de menores, de vecindad, de menor cuantía, relaciones de trabajo, inquilinarias y de duración, en general—. De modo similar, los conflictos derivados de las relaciones de consumo son propicios para ser encausados en instancias administrativas especializadas, sin excluir la vía judicial. Igualmente, el arbitraje institucional o “administrado” se ha abierto camino para la solución de conflictos especiales.

En definitiva, por razones bien diversas, los medios alternativos de solución de disputas vienen ganando una plaza significativa en el espectro del sistema de justicia, cuyas misiones, configuración y fronteras aún no están definitivamente establecidas. Forman parte, o de uno u otro modo inciden e interfieren, en el modelo procesal, que no puede articularse con prescindencia de ellos.

III. **Hacia la transformación estructural del modelo procesal civil**

La experiencia judicial acumulada, en consonancia con el actual movimiento de reformas del proceso civil que se avizora no solo a nivel de nuestras provincias en las reformas más recientes, sino también en numerosos países de Iberoamérica —interesa tener en cuenta, al menos, el nuevo CGP colombiano de 2012, las reformas al CGP uruguayo de 2013 y el proyecto de CPC para Brasil en trámite de debate parlamentario desde 2012—, permite sostener que el eje de las transformaciones del proceso civil pasa por un núcleo “duro” de instituciones, técnicas y procedimientos. A las principales de ellas pasamos a referirnos, dejando en claro que en verdad la modificación estructural esencial consiste en la sustitución del actual esquema escriturario, carente de inmediatez, por el denominado proceso por audiencias orales.

(2) Resulta paradigmático el Pacto de Estado brasileño del 18 de diciembre de 2004, “a favor de un Poder Judicial más rápido y republicano”, suscripto por los representantes de todos los poderes, y que originó la Enmienda Constitucional N° 45, del 31 de diciembre siguiente, brindando sustento asimismo a las sucesivas reformas introducidas al CPC a partir de entonces.

(3) Para la experiencia en diversos países de nuestro continente, remitimos a las muy valiosas ponencias presentadas en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal en Relatorías y ponencias sobre Derecho Procesal, San José, Costa Rica [2000 v. I: 9 y ss.].

1. Los nuevos principios estructurales: proceso por audiencias ante jueces monocráticos y revisión de alzada

Las bases y principios fundantes del Código han de ser:

1. la estructuración del proceso por audiencias, con una audiencia preliminar y otra complementaria para la vista de la causa;

2. la conformación monocrática y unipersonal del órgano de primer grado, con una instancia de revisión plena ante un tribunal colegiado;

3. los siempre acrecentados poderes judiciales para la ordenación y comando del trámite y, también, para la instrucción probatoria de la causa, con los matices propios de las diversas materias litigiosas.

La experiencia más reciente ha evidenciado que tales principios resultan cardinales para asegurar el objetivo central del proceso civil, su coronación con una sentencia intrínsecamente justa en el marco del debido proceso, y pronunciada en tiempo razonable. Las connaturales dificultades para la implementación de la oralidad plena, que han frenado históricamente su recepción, no pueden impedir la consagración de un sistema universalmente reconocido y auspiciado unánimemente en la doctrina autoral argentina y recogida en los reconocidos proyectos de 1993 y 1994 (4), siguiendo los lineamientos del Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica, de 1998 (GELSI BIDART, TORELLO y VESCOVI, 1990: 25 y ss.).

2. Ajustes, rediseño e incorporación de nuevas instituciones, técnicas y procedimientos

Un balance crítico del funcionamiento en concreto de nuestro sistema de justicia resalta el hecho notorio de la insatisfacción generalizada por los magros resultados que exhibe. En términos de los clásicos indicadores de la eficiencia —duración, costo, calidad y justicia intrínseca de las decisiones— es la percepción común que más que avances ha habido retrocesos.

De ahí la necesidad de emprender el camino de las transformaciones, que no se agotan con la adopción del proceso por audiencias. Atienden, precisamente, a brindar respuestas procesales adecuadas ciertas novedosas o recicladas instituciones y técnicas orgánico-funcionales y procesales que, nos parece, deben ser consideradas a la hora de imaginar un nuevo texto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En una enumeración no excluyente ni taxativa, anotamos la regulación de: a. tutelas procesales diferenciadas; b. procedimientos de instrucción preliminar; c. poderes ordenatorios de los jueces para la gestión de las causas; d. medidas de urgencia, anticipatorias y satisfactivas; e. tipo procesal sumario; f. procesos colectivos; g. procesos repetitivos; g. cumplimiento y ejecución de sentencia; h. procesos de estructura monitoria. Pasamos a analizarlas.

2.1. Tutelas procesales diferenciadas (PROTO PISANI, 1996: 5 y ss.; MARINONI, 2006: 378 y ss.; id., 2007: 202 y ss.; THEODORO JUNIOR, 2005: 2528 y ss.) (5)

Existen ciertas situaciones merecedoras de un trato procesal preferente, por excepción a la regla de la universalidad del proceso común, que pueden identificarse a partir de valores y principios exaltados en las normas fundamentales. Las Cartas modernas conceden semejante rango, es sabido, a los derechos sociales en general, de la seguridad social, de la salud, de la familia y menores, personalísimos, de consumidores y usuarios, de tutela del ambiente, de la institucionalidad republicana, entre

(4) Proyecto de 1993 de MORELLO, EISNER, ARAZI y KAMINKER, Anteproyecto de reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ed. de los autores, Bs. As., 1993. Proyecto de 1994, COLOMBO, CUETO RÚA, ETICHEVERRY y UMASCHI, Proyecto de Código Procesal Civil, Comercial y Laboral de la Nación, Ministerio de Justicia de la Nación, Bs. As., 1994.

(5) Nos permitimos remitir a nuestra obra Tutelas procesales diferenciada [2009] donde se analizan los aspectos aquí solo enunciados. Asimismo, los diversos trabajos recogidos en RDP [2008-2 y 2009-1], Tutelas procesales diferenciadas I y II e igualmente, relatos y ponencias en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Facultad de Derecho UBA-AADP [2009: 17-205].

los más prominentes. Complementariamente, la reforma de 1994 establece el deber de aseguramiento positivo para asegurar el goce y ejercicio de tales derechos fundamentales, imponiendo a los poderes públicos, incluyendo al Poder Judicial, las acciones pertinentes (art. 75 inc. 23).

Diversas son las técnicas orgánico-funcionales y procesales que se utilizan a esos fines. Las técnicas procesales incluyen, entre otras: a) ampliación de los poderes del juez para la dirección, ordenación e instrucción de las causas, incluyendo el dictado oficioso de medidas cautelares o de urgencia; b) acceso irrestricto —sin costos ni cargas económicas— a la jurisdicción; c) auspicio de las soluciones autocompuestas; d) acentuación del deber de colaboración y cargas procesales dinámicas; e) preclusión elástica de las deducciones; f) flexibilización del principio de congruencia; g) técnicas de sumarización, en general; h) tutelas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia, en general; i) mandatos preventivos e imposición de acciones positivas; j) legitimaciones extraordinarias, alcances extendidos de la cosa juzgada y régimen específico de ejecución en los procesos colectivos. En el trasfondo del reconocimiento de las tutelas procesales preferentes, queda sin embargo la preocupación por su desborde, con menoscabo del ámbito natural del proceso común que constituye la regla universal. Aquí no cabe sino la apuesta al prudente equilibrio que se espera de los jueces.

2.2. Instrucción preliminar (procedimientos de pre-action)

La regulación contenida en el Código vigente prevé tan solo las diligencias preparatorias, que tienen por finalidad instrumental determinar o completar la legitimación de las partes, anticipar asegurativamente el diligenciamiento de prueba urgente, practicar intimaciones para obtener elementos necesarios para el futuro proceso (arts. 323-329, CPCN).

Así restringido, el esquema tradicional ha devenido insuficiente. Parece claro que el sistema de justicia se encuentra desbordado en todas las latitudes como derivación, entre otros factores, de la presión sostenida por una demanda de justicia cada vez mayor, consecuencia de la difusión de los derechos y el más extendido acceso a la jurisdicción. Una de las respuestas ha sido la implementación de los medios alternativos de solución de los conflictos, pero su escasa operatividad en general, especialmente por la desconfianza en términos de justicia de sus resultados, ha conducido a pensar en la necesidad de articular procedimientos preliminares que, lejos de agotarse en las funciones instrumentales y asegurativas propias de las diligencias preparatorias, pudieran servir directamente a la resolución de los conflictos. (6) El tema fue objeto de debate entre nosotros en el XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal (2009: 348 y ss.).

A esas finalidades responden los denominados *pre-action protocols* del derecho inglés en vigencia desde 1999, al igual que los procedimientos precontenciosos de la ley alemana de promoción de la resolución extrajudicial de litigios de 2000. Especial atención merece el régimen instituido en Italia con las reformas al CPC de 2005-2006, para la obtención preventiva de las pruebas en una fase judicial anterior al proceso. El art. 696 bis ha introducido la consulta técnica con función conciliatoria y desvinculada del tradicional requisito de la urgencia. Las partes, antes del comienzo de la causa, pueden solicitar que el juez designe un experto que tendrá a su cargo elaborar una relación orientada a comprobar y determinar los créditos derivados del incumplimiento contractual o por hecho ilícito, intentando al mismo tiempo la conciliación del conflicto. La comprobación instructoria de los hechos con anterioridad al proceso asume un valor significativo en sí misma, como elemento de juicio para el futuro proceso; además, puede resultar útil y a menudo decisiva, como factor facilitador de un acuerdo amistoso entre las partes. En efecto, la comprobación temprana de los hechos facilita la evaluación que los interesados

(6) El tema fue objeto de debate en el XIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, con relato general de N. ANDREWS y B. GROEN, insertos en *Direito Processual Comparado. XIII World Congress of Procedure Law*, (2007). Asimismo, en relación al derecho italiano, v. SALETTI A., El nuevo régimen de las medidas cautelares y posesorias [2008, XI: 387 y ss.] MAGGI F. y CARLETTI AGGIE, I provvedimenti di istruzione preventiva, en *Il processo cautelare*, a cura de G. TARZIA y A. SALETTI [2008: 159 y ss.] BIAVATI P., Las recientes reformas al Código de Procedimiento Civil italiano [2007-1: 529 y ss.].

pueden hacer en relación a la situación de fuerzas relativa entre los contendientes, sopesando las ventajas y desventajas de una eventual acción judicial. La consulta técnica preventiva viene a introducir elementos de juicio a menudo decisivos para la autocomposición del conflicto con justicia, en el marco judicial. Se trata de una de las técnicas que puede considerarse más apropiadas para evitar el desemboque en la jurisdicción, que debería ser apreciada a la hora de las reformas.

2.3. Poderes de dirección y ordenación de las causas. Gestión y nuevas tecnologías

Las nuevas tendencias en este aspecto indican un reforzamiento de las potestades judiciales en el ámbito del comando y la ordenación del trámite de las causas. Las técnicas apropiadas pueden ser diversas. Algunas están vinculadas con la flexibilización de ciertos principios procesales (como el de preclusión, que deriva en la preclusión elástica de las deducciones) o el de congruencia. Unas y otras conducen indirectamente al incremento de las potestades judiciales. El manejo de los procedimientos con la finalidad de asegurar los fines públicos del proceso y la rápida definición del litigio, se exterioriza más genéricamente a través de las técnicas de gestión, propias del denominado *case management* (7), que suponen dejar librada al juez, en buena medida, la gestión de las distintas etapas del proceso y particularmente de la producción y recepción de las pruebas. Bien que siempre bajo reglas abiertas que proporciona la propia ley. La utilización apropiada de las nuevas tecnologías de la información brinda un instrumental de apoyo a la gestión judicial, que puede resultar decisivo (COSENTINO: 2006).

La mejor y más adecuada administración y gestión del proceso requiere básicamente la aplicación y observancia irrestricta de los principios cardinales de inmediación, concentración, celeridad y economía, junto con ciertas concesiones razonables en favor del comando a cargo del juez para optimizar los espacios de oralidad y adecuar las formas procedimentales. Claro que sin mella del debido proceso y del contradictorio de las partes. Las técnicas del manejo de la audiencia preliminar al igual que los denominados despachos anticipatorios constituyen ejemplos habitualmente explorados por los jueces.

El Código vigente puede enriquecerse con la incorporación de tales mecanismos y técnicas, junto con otras que se exhiben en el derecho anglosajón, como las conferencias preliminares; o las tan novedosas como los contratos de procedimiento franceses (CADIET, 2009: 109-111, que posibilitan fijar un programa de actividades acordado por el juez y las partes, facilitando la gestión de la instancia a partir de la colaboración de los propios interesados.

Algunas experiencias en curso entre nosotros apuntan a los mismos objetivos (BERIZONCE y SOTO, 2013-A: 765 y ss.).

2.4. Medidas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia, en general

En las últimas dos décadas se ha debatido arduamente sobre la necesidad de arbitrar nuevas técnicas para la aceleración de los procedimientos y, especialmente, de la efectiva satisfacción de los derechos. Así fue cobrando cuerpo en la jurisprudencia la idea de las medidas provisionales y anticipatorias, y aún satisfactivas, de urgencia en general. Al propio tiempo fue sembrándose la desconfianza por la multiplicación de semejantes tutelas con el correlativo retroceso de la funcionalidad del proceso común de cognición plena. En esa puja es lo cierto que las tradicionales medidas cautelares quedaron acotadas a su típica función instrumental y conservativa, mientras se desarrollaban bajo distintos y siempre novedosos ropajes diversas formas de tutelas anticipatorias y coyunturales, no siempre respetuosas del debido proceso y la garantía del contradictorio.

(7) Se ha afirmado que las Civil Procedure Rules de la reforma inglesa de 1998 giran en torno del *case management*, que no solo supone una intervención más activa del juez en un proceso particular, sino también el equilibrio de los recursos entre el tratamiento de éste y la sustentabilidad de todo el sistema judicial (ZUCKERMAN, 2005: 149).

El extraordinario desarrollo de la anticipación de la tutela en Brasil, a partir de la reforma introducida por el art. 273 CPC en 1994, acompañado por una amplísima elaboración doctrinaria (8) que ha iluminado su interpretación, por obra de una fructífera labor de los tribunales, terminó influenciando en muchos países de Iberoamérica y también entre nosotros. (9)

En la valoración de la experiencia práctica de estas medidas, no han estado ausentes las dificultades, y aún quizás, los excesos en la apreciación judicial necesariamente discrecional de los presupuestos que las condicionan. (10)

En definitiva, con sus luces y sombras, las medidas anticipatorias se han consolidado como instrumentos necesarios para asegurar la tutela judicial efectiva, de modo que de cara a la actualización del Código Procesal está reabierto el debate sobre sus presupuestos y alcances, tanto como respecto de los poderes del juez. Bien que todo ello, como se señala desde la doctrina (CARPI, 2009: 281 y ss., especialmente pp. 290-294; BIAVATI, 2010-1; SALETTI y SASSANI, 2009: 227 y ss.) ahora debe ser articulado con las más recientes ideas que vienen madurando, principalmente con la simplificación del proceso de conocimiento común y la recreación de un juicio a cognición plena y exhaustiva, pero simplificado, que desemboca en un pronunciamiento con autoridad de cosa juzgada material. De esta cuestión trataremos a continuación.

2.5. Tipos procesales sumarios, de cognición plena y trámite simplificado

Como es sabido, la ley 25.488 suprimió el proceso plenario abreviado, error manifiesto que desdibujó el sistema de los tipos procesales de la ley 17.425.

De modo entonces que sería menester repensar los procesos de cognición y ponerlos en línea con las tendencias que, en este aspecto, se exhiben en el derecho comparado, donde resalta la articulación de procesos sumarios o simplificados (BIAVATI, 2010: 516; SALETTI y SASSANI, 2009: 245-246), en la búsqueda de vías de tutela rápida y eficaz que prescindan de la urgencia y de la irreparabilidad, sin pasar por los trámites de cognición ordinaria. Bien entendido, desde el principio, que tal como en nuestro plenario abreviado la cognición del juez resulta amplia, completa y exhaustiva para rematar en una sentencia que hace cosa juzgada material; que la nota de simplificación alude exclusivamente al procedimiento (BERIZONCE, 2011-B: 1018 y ss.).

Un buen modelo lo ofrece la reforma introducida al CPC italiano por la ley 69, del 18 de junio de 2009, que incorporara los arts. 702 bis, 702 ter y 702 quater. Conforme a la primera de dichas normas, el ámbito de su aplicación comprende todas las causas en las cuales el tribunal juzga en composición monocrática —pretensiones de condena, constitutivas o declarativas—, siempre que por el grado de complejidad de la cuestión controvertida la causa pueda ser fácilmente decidida; esto es, cuando las defensas planteadas por las partes consienten una instrucción sumaria, abreviada pero suficiente para esclarecer los hechos en debate. El trámite se simplifica notoriamente: propuesta la petición inicial, el juez designado fija audiencia de comparecencia de las partes, asignando el término para la constitución del demandado, notificándosele. En la contestación se proponen las defensas y se indican los medios de prueba, formulándose las conclusiones (art. 702 bis). A la vista de ello, el juez ha de considerar si las defensas planteadas y los documentos en que se apoyan consienten una instrucción sumaria o si, por el contrario, requieren por su complejidad una instrucción mayor, en cuyo caso dispone que el proceso prosiga según las formas de la cognición ordinaria. Admitiendo el trámite

(8) Destacamos tan solo algunas de las obras más significantes: MARINONI G. L., Tutela cautelare e tutela anticipatoria, 1992; id., A antecipaç"o da tutela na reforma do processo civil, 1996; id., Novas linhas do processo civil [1996: 75 y ss.]; DINAMARCO C. R., A reforma do Código de Processo Civil [1995: 138-148, 270-272].

(9) Es el caso, entre otros, de los ordenamientos de algunas provincias argentinas como La Pampa (arts. 231, 305), Chaco (art. 232 bis) y Corrientes (art. 232 bis).

(10) La CSN ha sido remisa a admitir las tutelas anticipatorias, si bien las vinculó a la eficacia de la función jurisdiccional, considerándolas bajo ciertas circunstancias como una de las vías aptas para asegurar el adecuado servicio de Justicia (06/12/2011, "Pardo H. P").

sumario, el juez procede en el modo más oportuno a los actos de instrucción relevantes al objeto del proveimiento perseguido, con la sola condición de observar las formalidades esenciales al contradictorio. Como se ha señalado agudamente (BIAVATI, 2010), el deber de pronóstico que la ley confía al juez implica una suerte de *case management* italiano, similar a la potestad reconocida al juez inglés para optar entre diversas formas de procedimiento (del *fast track* al *small track*); lo que sugiere, por lo demás, la existencia de una tendencia en ese sentido.

2.6. Procesos colectivos

Por razones sistemáticas, el nuevo ordenamiento procesal deberá incluir el trámite de los procesos colectivos. Diversos son los modelos en disputa en la instancia legislativa. No cabe aquí abrir debate sino, en todo caso, insistir en la cuestión metodológica y remitir a los aportes más recientes. (11)

2.7. Procesos repetitivos

Constituye experiencia ampliamente compartida que el cúmulo siempre creciente e inmanejable de los procesos, distorsiona gravemente las prestaciones de justicia. El fenómeno se manifiesta en todos los fueros e instancias y genera la “sobrecarga” y el agobio de los tribunales, que castiga particularmente a los más Altos Tribunales. Entre los diversos y complejos remedios que se ensayan, se desatacan además de la regulación de los procesos colectivos, el tratamiento de los procesos “repetitivos” o “seriados”, promovidos individualmente aunque con un mismo objeto. Semejante fenómeno, es evidente, impone un sustancial cambio de estrategia para priorizar la finalidad principal, que es el desahogo y la descarga de todo el sistema de justicia.

En diversos países se ofrecen novedosas instituciones y técnicas que apuntan a ese objetivo. Entre otros, el sistema brasileño de las *máximas, doctrinas o “súmulas” de jurisprudencia dominante* y su virtualidad impeditiva de recursos (PELLEGRINI GRINOVER, 2008: 662 y ss.; id., 2008: 1 y ss.); las *tesis jurisprudenciales* mexicanas en los juicios de amparo y la tendencia a conferir efectos generales a la declaración de inconstitucionalidad en dichos procesos (OVALLE FAVELA, 2005: 454-458; FIX - ZAMUDIO, 2005: 274 y ss.; FERRER MAC-GREGOR, 2004:48 y ss.); o la *doctrina de precedentes constitucionales* que con finalidades similares ha establecido progresivamente la Corte Constitucional de Colombia, a partir de 1995 (PARRA QUIJANO, 2004).

Las tendencias que se avizoran en el horizonte latinoamericano ponen de resalto la búsqueda de soluciones pragmáticas y creativas como respuesta al fenómeno común de la sobrecarga judicial y merecen especial atención desde que se han gestado en sistemas provenientes de la tradición jurídica europea apegada a la supremacía de la ley, lo que no ha impedido el paulatino reconocimiento del efecto extensivo y vinculatoriedad vertical y horizontal *erga omnes* de los pronunciamientos de los tribunales superiores en ejercicio del control de constitucionalidad. De todos modos, cualquier avance en este terreno no podrá obviar las insitas dificultades existentes en un ámbito en que están inevitablemente confrontadas las potestades de los poderes políticos *vis a vis* las del Poder Judicial.

2.8. Cumplimiento y ejecución de las sentencias

Es sin duda el cumplimiento de las decisiones y su eventual ejecución forzada el momento culminante de la actividad jurisdiccional, donde se verifica en concreto la efectiva tutela de los derechos materiales. La premura del tiempo y la necesidad de cumplimentar coactivamente la decisión, en la que está en juego el propio prestigio de la jurisdicción, han de conjugarse armónicamente con el principio no menos trascendente de la adecuación del empeño a los fines públicos del propio proceso. Balancear en definitiva la efectividad de la necesaria agresión a los bienes del deudor vencido, con el derecho de éste a un “justo proceso” que, en este tramo, excluye cualquier abuso o exorbitancia innecesaria. (12)

(11) En la obra *Proceso Colectivos. Class actions* [2012], se recogen muy valiosos aportes para el estudio de esa temática. Asimismo, especialmente RDP, Número extraordinario *Procesos colectivos* [2012].

(12) Las complejas cuestiones que plantea la ejecución forzada singular siempre han ocupado un lugar preferente en la agenda de los procesalistas. Recientemente, ha sido el tema central de los debates en el XXVII Congreso

Diversas son las tendencias que pueden advertirse actualmente en punto al perfeccionamiento de la ejecución de sentencia. Por un lado, las modificaciones al CPC brasileño resaltan su supresión como proceso autónomo, lo que ha permitido configurar un diverso tipo de efectividad de la sentencia, que se considera ejecutiva *lato sensu* o mandamental. La ley 8952/1994 adoptó la técnica del cumplimiento de las sentencias condenatorias de obligaciones *ex intervallo* (art. 461, CPC); posteriormente la ley 10.444/2002, lo extendió a las obligaciones de entregar cosa cierta (art. 461-A, CPC). Por último, la ley 11.232/05, hizo lo propio respecto de la ejecución de las obligaciones de pagar cuantía (art. 461, par. 5ª y 475-J, CPC). (13) Asimismo, la ley 10.358/2001 introdujo profundas modificaciones a las normas que regulan los deberes de las partes y sus procuradores, con el explícito objetivo de asegurar la efectividad de las resoluciones judiciales, incorporando —aunque con ciertas particularidades— el *contempt of Court* (art. 14, par. único, CPC) (ARRUDA ALVIM, 2006: 639 y ss.). Las sucesivas reformas, en definitiva, han incrementado considerablemente los poderes de coerción del juez con el objeto de obtener compulsivamente el cumplimiento de sus mandatos (BARBOSA MOREIRA: 62-63). Constituyen, para nosotros, antecedentes significativos.

Por otro lado, se han identificado algunas cuestiones complejas vinculadas con la ejecución forzosa, que son objeto de debate en la doctrina actual. Una de ellas es la relativa a la *individualización de los bienes del deudor* como reforzamiento de los derechos del ejecutante, donde se confrontan sistemas diversos, como el alemán de la declaración jurada y el francés de requerimiento de información a terceros calificados, que se propugna combinar, sin perjuicio de la ampliación del conjunto de bienes pignoraibles (TARZIA, 1997). En contrapartida, fue ganando terreno la *extensión del resguardo e indemnidad de los derechos del ejecutado* sobre ciertos bienes primarios esenciales, frente a los abusos que suponen una violación a la regla de la “adecuación a los fines” del proceso de ejecución (TARZIA, 2002: 344). En cuanto a los medios de coacción y su extensión, se destaca la creciente operatividad de las medidas coercitivas o de ejecución indirecta (TARZIA, 1994: 133 y ss.), como las *astreintes* y el *contempt of Court* del derecho anglosajón. Este último puede ser directo o indirecto, que es el más apropiado en cuanto exige un procedimiento incidental contradictorio previo a la aplicación de la sanción (PELLEGRINI GRINOVER, 2000: 62 y ss.). Se debate arduamente, también, en torno de la *desjudicialización*, total o parcial de los procedimientos de ejecución forzada, cuestión que exhibe diversas soluciones en la legislación europea; así son de destacar las novedosas reglas traídas por la LEC española 1/2000 (SERRA DOMÍNGUEZ, 2000: 79 y ss.; ORTELLS RAMOS, 2002: 713 y ss.), las consagradas por las reformas de 2005-2006 al CPC italiano (14) y la experiencia lusitana del dec. ley 38/2003 (C. M. FERREIRA DA SILVA, 2005: 513 y ss.; J. LEBRE DE FREITAS, 2004: 27 y ss.).

En la síntesis de tales tendencias, conviene reparar que la acentuación de la ejecución directa patrimonial con el objetivo de la plena satisfacción de las obligaciones derivadas de la sentencia condenatoria, reconoce de todos modos ciertos límites y condicionamientos infranqueables, que son los derivados del principio general de *razonabilidad o proporcionalidad* y, más específicamente de la idea ética del proceso justo y la *humanización del proceso*. La protección del derecho es debida no solo al acreedor, sino también al deudor amparado por el imperativo de no abusar ni dañar inne-

Nacional de Derecho Procesal, Córdoba, 2013. Véase XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Ponencias generales y ponencias seleccionadas, AADP, 2013. Asimismo: el volumen Ejecución de resoluciones judiciales, RDP, 2013-2.

(13) PELLEGRINI GRINOVER A., Cambios estructurales en el proceso civil brasileño [2008: 652 y ss.]. Entre la muy nutrida doctrina brasileña destacamos: THEODOR JUNIOR H., As vias de execução do Código de Processo Civil brasileiro reformado en la obra colectiva Aspectos polémicos da nova execução, T. ARRUDA ALVIM Wambier coord. [2006: 284 y ss.] DINAMARCO C. R., Fundamentos de Processo Civil moderno [2000: 1159-1170], ARRUDA ALVIM, Manual de Direito Processual Civil [2007, v.2: 587 y ss.] id., Sobre as multas instituídas nos arts. 14 e 18 do Código de Processo Civil en Estudos em homenagem á Prof. Ada PELLEGRINI GRINOVER [2007: 639 y ss.].

(14) Sobre las recientes reformas al CPC italiano de 2005-2006 introducidas al tercer libro del proceso ejecutivo: F. CARPI, Alcune osservazioni sulla riforma dell' esecuzione per espropriazione forzata [2006: 215 y ss.]; A. SALETTI, Le (ultime?) novità in tema de esecuzione forzata [2006: 193 y ss.]; P. BIAVATI, Las recientes reformas al Código de Procedimiento Civil italiano [2010: 536 y ss.].

cesariamente; de ahí la necesidad de un juicio de ponderación o proporcionalidad (TARZIA, 2002: 343-344), a cargo del legislador y del juez. Son éstas bases sobre las que ha de afrontarse la tarea de actualización, en este capítulo, del ordenamiento vigente.

2.9. Procesos de estructura monitoria

De origen en la Edad Media, los procesos de estructura monitoria se han incorporado a los códigos más modernos (La Pampa, Río Negro, entre otros); se prevía en el ya aludido proyecto de 1993 y ha sido largamente debatido en doctrina (LOUTAIF RANEA, 2007, v. II: 915 y ss.; Picó I JUNTOT: 1090) y en los congresos de la materia (Libro de Ponencias Generales del XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, 2005). Se trata de una estructura caracterizada porque presentada la demanda en forma y con los requisitos de la ley, el juez *inaudita altera parte* dicta una resolución favorable a aquella, condicionada a que el demandado, citado en forma, no se oponga dentro del plazo que a tales efectos se le asigne, en cuyo caso queda habilitada la vía de la ejecución forzada para el cumplimiento de la prestación debida. Su finalidad es llegar rápidamente a la formación de un título ejecutorio o ejecutivo, desplazando la iniciativa del contradictorio del actor al demandado que se opone. En verdad las estructuras monitorias no solo se aplican cuando se trata obligaciones de dar sumas de dinero que constan en títulos de crédito líquido y exigible —juicio ejecutivo, ejecuciones especiales—, sino también y no menos principalmente en casos de obligaciones de hacer o no hacer y de dar cosas que no sean dinero o fungibles. Cuando la ley así lo prevé la estructura monitoria se aplica en procesos de desalojo sustentado en ciertas causales, obligación de restituir inmuebles, división de condominio y otros supuestos semejantes.

En todos esos casos, sin menoscabo del contradictorio, se aceleran notablemente los procedimientos con indudable incidencia para la tutela judicial eficaz y oportuna de los derechos.

IV. Epílogo

En los tiempos de asumir la ímproba tarea de poner el ordenamiento procesal civil a tono con las nuevas exigencias deberá sopesarse sesudamente la muy rica experiencia sucedida en la aplicación práctica de los preceptos vigentes y, al mismo tiempo, atender a las novedosas instituciones y técnicas procesales acuñadas y que se reflejan en la legislación comparada y la doctrina autoral.

Es inesquivable responsabilidad de nosotros los estudiosos del proceso —como afirma Mauro Cappelletti— clarificar con precisos análisis las realidades tan complejas que nos toca vivir, los términos objetivos de la situación, poner en claro todos los posibles datos de comparación, preparar, en suma, las bases científicas de una reforma (CAPPELLETTI, 1974: 291). En tiempos como los nuestros, de aguda crisis, incertidumbres y angustias, en los cuales los valores supremos vuelven a estar en discusión, por ello mismo se patentiza la necesidad de llegar al fondo de las cosas, calando hondo y aguzando el ingenio y la imaginación en la búsqueda de las propuestas adecuadas, para la construcción de un sistema nuevo, más realístico y más humano (CAPPELLETTI, 1974).

Lo último y más importante, sin una voluntad política sería que lo sustente, sin una verdadera y propia “política de la justicia”, no puede haber reformas sustentables en el sistema judicial.

V. Bibliografía

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales en Derecho Procesal”, 2008, XXI Jornadas Iberoamericanas, Lima.

ALVIM, José Manoel Arruda, 2005. “Sobre as multas instituídas nos arts. 14 e 18...” En: Flávio Luis Yarshell y Mauricio ZANOIDE DE MORAES. (Comp.). Estudos em homenagem à professora Ada PELLEGRINI GRINOVER. Brasil: DPJ.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, 2003. “Reformas processuais e poderes do juiz”, En: *Temas de Direito Processual*, Oitava Serie, pp. 62-63.

BERIZONCE, Roberto Omar y SOTO, Andrés Antonio, 2013. “El renacer del proceso sumario a partir de la gestión judicial y las nuevas tecnologías”, En: *La Ley*, Buenos Aires, pp. 765 y ss.

BERIZONCE, Roberto Omar, 2011. “El “bloque de constitucional” como pivote de las políticas públicas en el área de justicia”, En: *La Ley*, Buenos Aires, pp. 713 y ss.

— 2011. “Un “nuevo” tipo procesal sumario: hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia”, En: *La Ley*, Buenos Aires, pp. 1018 y ss.

— 2009. *Tutelas procesales diferenciadas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

BIAVATI, Paolo, 2008. “Tendencias recientes de la justicia civil en Europa”, En: *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, n° 1, 509-544.

— 2010. “Apuntes introductorios sobre el nuevo proceso de cognición simplificada”, En: *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, n° 1.

CADIET, Loic, 2009, “Las nuevas tendencias del procedimiento civil en Francia en Reforma procesal civil”, En: *AADP*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 109-111.

CAPPELLETTI, Mauro, 1981, “Acceso a la justicia (como programa de reformas y método de pensamiento)”. Traducción de G. Seminara, En: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, n° 41.

— 1981. *Appunti su conciliatore e conciliazione*, En: *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, Italia, pp. 49.

— 1974. *Proceso, ideologías, sociedad*. Traducción de S. Sentías Melendo. Buenos Aires: Ejea.

DINAMARCO, C. R., 1995. *A reforma do Código de Processo Civil*. Sao Paulo: Malheiros ed.

FERREIRA DA SILVA, C. M., 2005, Un novo operador judiciario: o solicitador de execução, En: *Estudios em homenagem à Prof. Ada Pellegrini Grinover*, Brasil, pp. 513 y ss.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, 2004. *Ensayos sobre Derecho Procesal Constitucional*. México: Porrúa.

FISS, Owen, 2007. *El derecho como razón pública*. Traducción de E. Restrepo Jaldarriaga. España: Marcial Pons.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, 2005. *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*. UNAM. México: Porrúa.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, 2002. *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

GELSI BIDART Adolfo, TORELLO, Luis y VESCOVI, Enrique, 1990. *Hacia la preparación de Códigos Procesales Modelos: las bases para la reforma...*, en *Códigos Procesal Civil y Procesal Penal, Modelos para Iberoamérica*. Madrid: Ministerio de Justicia.

HITTERS, Juan Carlos, 2009. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. La Plata: Instituto de Estudios Judiciales, SCBA.

LEBRE DE FREITAS, José, 2004. *Ação executiva depois da reforma*. 4ª ed. Brasil: Coimbra editora.

LOUTAIF RANEA, Roberto, 2007. “Proceso monitorio”, En: MORELLO, Augusto Mario (comp.) *Acceso al Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Lajouane.

MARINONI, Luiz Guilherme, 2006. “Teoria geral do processo”, EN: *Revista dos Tribunais*, S’o Paulo, pp. 378 y ss.

MARINONI, Luiz Guilherme, 1992, *Tutela cautelar e tutela anticipatoria*. San Pablo: Ed. R.

- 1996, *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. São Paulo: Ed. R.
- 1996, *Novas linhas do processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Maleiros.
- MORELLO, Augusto Mario, 1989, *La Corte Suprema en acción*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot/LEP.
- 2002. *La Justicia frente a la realidad*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- MORELLO, Augusto Mario, SOSA, Gualberto Lucas y BERIZONCE Roberto Omar, 1982, *Códigos Procesales... Volumen 1*. 2ª edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- MORELLO, Augusto Mario, EISNER, Isidoro, ARAZI, Roland y KAMINKER, Mario, 1993. *Anteproyecto de reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Ed. de los autores.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, 2002. *Derecho Procesal Civil*. Navarra: Aranzadi.
- OVALLE FAVELA, José, 2005. Tradiciones jurídicas y proceso civil: sentencia, precedente y jurisprudencia. En: Jorge Adame Godar (coord.). *Derecho privado*. México: UNAM, México, pp. 454-458.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada, 2000, *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitaria.
- 2007. “Cambios estructurales en el proceso civil brasileño”, En: Andrés de la Oliva Santos (coord.). *Proceso civil hacia una nueva justicia civil*, Chile: Ed. Jurídica de Chile, pp. 662 y ss.
- 2008, *Tratamento dos processos repetitivos em Processo Civil. Novas tendências. Homenagem no Prof. Humberto Theodoro Junior Del Rey*. Brasil: Editorial Belo Horizonte.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, 1998. *La formación del Derecho Procesal Organizacional*. La Plata: Editorial de la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires.
- 2007, *Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*. Traducción de A. Zela Villegas. Lima: Palestra editorial.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, 2000, *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*. Barcelona: J. M. Bosch.
- TARZIA, Giuseppe, 1994. “Presente e futuro delle misure coercitive civile”, En: *Esecuzione forzata e procedure consensuali*, Cedam, Padova, pp. 113 y ss.
- “Problemi attuali dell’esecuzione forzata”, 1997, II Congreso Brasileño de Derecho Procesal, Brasilia.
- 2002. “Il giusto processo di esecuzione”, En: *Riv. Direito Processual*, São Paulo, nº 2, p. 344.
- THEODORO JUNIOR, Humberto, 2005. “Tutela diferenciada”, En: *Studi di Diritto Processuale Civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Giuffrè ed., Milano, v. III, pp. 2528 y ss.
- VALLESPÍN PÉREZ, David, 2009. *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*. España: CIMS.
- VARGAS VIANCOS, Juan Enrique, 2003. “Eficiencia en la Justicia”, EN: *Sistemas Judiciales*, CEJA, Santiago de Chile, nº 6.
- 2006. Herramientas para el diseño de despachos judiciales, en la misma revista, En: *Sistemas Judiciales*, CEJA, Santiago de Chile, nº 10.
- 2006. La reforma a la justicia civil desde la perspectiva de las políticas públicas, En: *Sistemas Judiciales*, CEJA, Santiago de Chile, nº 11.
- ZUCKERMAN, Adrián, 1999. “Procedural reform in England”. En: Nicolo Trocer, Vincenzo Varano y Alessandra De Luca (comps.) *The reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*. Turin: Giappichelli.

La liquidación y ejecución de sentencias en los procesos colectivos

POR LEANDRO J. GIANNINI (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Importancia de una administración inteligente del litigio colectivo. El case management y la anticipación de estrategias para la ejecución de la sentencia colectiva. — III. Liquidación y ejecución de sentencias colectivas (con especial referencia a las hipótesis de tutela de derechos individuales homogéneos): 1) Liquidación en general: distintos supuestos; 2) Liquidación individual de la sentencia colectiva y liquidación colectiva de sentencias. Concepto y diferencias; 3) Liquidación individual de la sentencia colectiva: 3.1) Introducción; 3.2) Objeto de la liquidación individual de la sentencia colectiva; 3.3) ¿Cuándo es necesario acudir a la liquidación individual de la sentencia colectiva?; 3.4) Algunos problemas que suscita la liquidación individual de la sentencia colectiva: a) ¿Es necesaria la prueba de la existencia del daño en la fase condenatoria genérica?; b) Competencia; c) Medios alternativos para la liquidación individual de la sentencia colectiva; 4) Liquidación y ejecución colectiva de la sentencia. El llamado “fluid recovery”: 4.1) Introducción; 4.2) El “Fluid recovery”: a) Introducción; b) Supuestos en los que procede; c) Importancia de la prueba estadística. Quid del debido proceso; d) ¿Fondos de reparación genéricos o fondos ad-hoc? ¿Quién debe administrar el fondo y a qué fines deben aplicarse?; e) La liquidación colectiva frente al incumplimiento de condenas a “hacer” o “no hacer”. — IV. Importancia de las pautas de liquidación y ejecución en los acuerdos transaccionales colectivos. — V. Conclusiones.— VI. Bibliografía. — VII. Legislación consultada. — VIII. Jurisprudencia consultada.

Resumen: En el presente trabajo se aborda la problemática de la liquidación y ejecución de sentencias en los procesos colectivos y acciones de clase con particular referencia al derecho argentino. Se trata de uno de los temas menos abordados dentro de la temática de los procesos colectivos en nuestro país, pero que tiene un impacto fundamental para la eficiencia y eficacia de esta clase de litigios, como lo demuestra la experiencia del derecho comparado. El autor aborda las distintas alternativas disponibles para determinar el *quantum debeatur* en situaciones atípicas, en las que -por la extensión del grupo afectado y las características del debate colectivo- la determinación de la cuantía de lo adeudado a cada afectado resulta muy dificultoso o prácticamente imposible.

Palabras clave: procesos colectivos, acciones de clase, liquidación y ejecución de sentencias, derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos.

(*) Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Profesor Ordinario Titular de Derecho Procesal II, Cátedra I. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

AWARD COMPUTATION AND ENFORCEMENT PROCEEDINGS ON CLASS ACTIONS

Abstract: This article deals with the problematic of award computation and enforcement proceedings on class actions in Argentina. The subject is one of the least discussed topics of collective litigation in our country, although it has a fundamental importance to address efficiency and effectiveness of this type of proceedings. The author addresses the different alternatives generally available to determine the amount of compensation owed to the group members in atypical situations in which -due to the extension of the group and the peculiarities of class discussion- determining the damage produced is difficult or almost impossible.

Key words: class actions, award computation, damage determination, mass tort litigation, enforcement proceedings.

I. Introducción

El cometido de este trabajo es el análisis de los principales problemas que presenta la liquidación y ejecución de sentencias en los procesos colectivos de defensa de derechos individuales homogéneos (1), con particular referencia a las hipótesis de tutela de derechos individuales homogéneos.

El objeto de análisis demanda fusionar el análisis de dos instituciones procesales que, por diversas razones, se muestran en nuestro país en un momento crítico, como son la eficacia de los mandatos jurisdiccionales y los procesos colectivos o acciones de clase.

Por un lado, la temática de la ejecución de sentencias y la eficacia de las decisiones judiciales, exhibe en la Argentina costados verdaderamente alarmantes, por ausencia de dispositivos adecuados para remediar la notable dilación que se produce en el sistema de justicia hasta lograr que el reconocimiento de los derechos, obtenido luego de un trabajoso arribo a la sentencia definitiva, se traduzca en un cambio concreto de la realidad.

Como ejemplo de una problemática por demás conocida para quien ha debido transitar los estrados judiciales para remediar la lesión a un derecho, cabe recordar la no muy lejana condena a la República Argentina por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Furlan”. (2) Si bien no se trataba de un caso colectivo, en la misma se hizo visible más allá de nuestras fronteras un fenómeno conocido en nuestro país por los destinatarios del servicio de justicia. En efecto, se tuvo por demostrada en el caso la irrazonable duración de un proceso de reparación civil, rematada con la aplicación —al momento de la liquidación y ejecución de la sentencia— de una de las cíclicas leyes de consolidación con las que el Estado dilata el cumplimiento efectivo de las condenas en su contra. (3) En lo que aquí interesa, la Corte IDH se vio en la necesidad de destacar con carácter general que *la fase de ejecución de sentencia tiene directa relación con la garantía de*

(1) En más de una oportunidad hemos examinado el concepto de derechos individuales homogéneos, enclavándolo como especie dentro del género de los derechos de incidencia colectiva a los que se refiere el art. 43 de la Constitución Nacional (ver GIANNINI, 2007: 29-65; GIANNINI, 2005:40-63). Sintetizando aquellos desarrollos, puede definirse a los derechos individuales homogéneos como aquéllos que pertenecen divisiblemente a una pluralidad relevante de personas, desbordando, por sus especiales cualidades, los tradicionales mecanismos de enjuiciamiento grupal (v.gr., intervención de terceros, litisconsorcio). La divisibilidad es, entonces, la principal nota distintiva de esta sub-especie de derechos de incidencia colectiva.

(2) Corte IDH, Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, sent. del 31 de agosto de 2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

(3) El pleito había durado casi diez años en su fase cognoscitiva, arribándose a una condena ulteriormente sometida a la ley de consolidación 23.928. La necesidad de la víctima de contar con la indemnización para afrontar su tratamiento (había padecido severas secuelas psíquicas con posterioridad a un accidente sufrido en un predio del Ejército Argentino), lo forzó a vender los títulos públicos que, por otro lado, había tardado alrededor de dos años en conseguir siguiendo el procedimiento administrativo contemplado en dicho régimen de consolidación. Ello redujo sustancialmente el monto concretamente percibido ya que los 116.063 bonos que le entregó el Estado, valían en el mercado aproximadamente \$38.300. Para llegar a ese momento, habían pasado alrededor de 12 años.

la tutela judicial efectiva (art. 25, Convención Americana) y con la garantía del *plazo razonable* (art. 8.1º, CADH). Es decir, que para verificar si en un estado se cumplen las garantías del plazo razonable y de la tutela judicial efectiva, no basta con estudiar la dilación que tienen los procesos desde que se inician hasta que se arriba a una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Es imprescindible además verificar que el mandato judicial que cierra el debate de mérito sea acompañado de instrumentos de ejecución adecuados que garanticen la capacidad de la sentencia para cambiar la realidad sin dilaciones indebidas. Así lo expresó la Corte IDH con toda claridad:

“...la falta de ejecución de las sentencias tiene ‘vinculación directa con la tutela judicial efectiva para la ejecución de los fallos internos’ [...] La Corte considera que el análisis de la etapa de ejecución de las sentencias también puede abordarse para contabilizar el término de duración de un proceso, con el fin de determinar su incidencia en la prolongación del plazo razonable de un proceso...”

“...la Corte considera que el objetivo primordial para el cual la presunta víctima interpuso la demanda en el fuero civil, era obtener la indemnización por daños y perjuicios y, por lo tanto, para efectos de un análisis del plazo razonable, no puede considerarse culminado dicho proceso hasta tanto dicho fin no se materializara. En ese orden de ideas, esta Corte considera que el lapso correspondiente a la etapa de ejecución de la sentencia judicial con el fin de realizar efectivamente el cobro de la indemnización [...] hace parte del proceso y debe tomarse en cuenta para analizar el plazo razonable” (Corte IDH, *Caso Furlan*, cit., párrs. 149 y 151).

De la transcripción precedente puede advertirse que, entre los múltiples corolarios del fallo aludido, que la Corte IDH está dispuesta a realizar un estudio crítico, agudo y realista al examinar las excusas que el Estado brinda cuando se le pide explicaciones acerca de la irrazonable dilación del proceso civil en nuestro país. En esa línea de indagaciones, el citado tribunal supranacional parte de una premisa teleológica de fundamental importancia en lo que concierne a los mecanismos de ejecución de sentencias. Dicha premisa puede sintetizarse en la afirmación de la tésis del proceso como un *mecanismo destinado a cambiar de la realidad*. Esta pauta, que para muchos podrá ser advertida como una obviedad, tiene consecuencias fundamentales para el estudio de las garantías jurisdiccionales que nos rigen. Ninguno de los instrumentos procesales puede ser aceptado desde una perspectiva constitucional y convencional, si pese a la perfección de su diseño y calidad del debate que permiten, no sirven para modificar la realidad.

El segundo de los institutos procesales que se acopla al anterior para completar el foco central de este trabajo, es el de los procesos colectivos.

Como es sabido, el estudio de este tipo de litigios ha arribado en la Argentina a un grado de madurez destacable, que difiere del estado de avance parcial que, en paralelo, evidencian las concreciones legislativas en la materia. Desde hace décadas, y especialmente a partir de la introducción de la categoría de los “derechos de incidencia colectiva” con la reforma constitucional de 1994, la doctrina ha desarrollado progresivamente un *corpus* calificado de contenidos fundamentales para el estudio adecuado de la problemática de estos mecanismos de enjuiciamiento grupal.

Sin embargo, la *legislación* sigue manteniendo una *tendencia fragmentaria* en la materia, que se exhibe especialmente: i) al avanzar, sin vocación de sistema, sobre la reglamentación de algunos de sus aspectos controvertidos (típicamente: la enunciación de los sujetos legitimados para accionar colectivamente o la previsión de algunas variantes de regulación de los alcances subjetivos de la cosa juzgada), descuidando otros temas relevantes (v.gr., la representatividad adecuada, la litispendencia, la interacción de las acciones colectivas e individuales, etc.); ii) al continuar sancionando normas relativas al trámite de este tipo de conflictos en cuerpos normativos aislados por materia (v.gr., leyes de defensa del consumidor o del medio ambiente; leyes de amparo, etc.), desconociendo la regla de buena técnica legislativa que impone simplificar, en la medida de las posibilidades, los instrumentos de tutela, cuando no existen razones de peso que justifiquen un trato dispar entre controversias que comparten cualidades análogas, como en gran medida ocurre con los procesos colectivos.

Uno de los campos del litigio colectivo en los que precisamente subsisten previsiones aisladas e insuficientes, es el de la liquidación y ejecución de sentencias.

Queda claro entonces que nos enfrentamos a una problemática que no sólo es compleja por sí misma, sino que además fusiona dos capítulos del derecho procesal que en nuestro país demandan una atención urgente por parte de las autoridades: el de la eficacia de los mandatos judiciales y el de los procesos colectivos en general.

II. Importancia de una administración inteligente del litigio colectivo. El *case management* y la anticipación de estrategias para la ejecución de la sentencia colectiva

Los procesos colectivos (entre ellos, los de defensa de usuarios y consumidores) son *atípicos* y, en general, *complejos*.

La *atipicidad* se deriva de la referida ausencia de una regulación sistemática que aborde suficientemente sus principales problemas, más allá de ciertas disposiciones aisladas a las que aludiéramos previamente. La *complejidad* surge fundamentalmente por la multiplicidad de personas que integran el grupo alcanzado por el conflicto (complejidad subjetiva), así como por la dificultad que muchas veces se produce en casos colectivos para definir con claridad el objeto de tutela, delimitar la causa de la pretensión deducida, producir la prueba tendiente a la demostrar los hechos controvertidos y, en lo que aquí interesa, para ejecutar decisiones que comprenden a una pluralidad relevante de personas que muchas veces ni siquiera conocen la promoción de la acción de clase, etc. (complejidad objetiva). (4)

Frente a la ausencia de un régimen legal que enfrente sistemáticamente estos problemas, es prioritario un ejercicio inteligente de las potestades ordenatorias del juez. Las técnicas de *case management* se muestran en el caso de los procesos colectivos como un resorte indispensable para garantizar la calidad y eficiencia del debate, así como para preordenar el desarrollo del pleito hacia la implementación de instrumentos efectivos de ejecución para la eventualidad de una sentencia que acoja la pretensión colectiva.

Es que, en lo que interesa a este trabajo, ni los abogados ni los magistrados pueden contentarse con organizar inteligentemente en cada caso el método de debate para asegurar que una controversia de estas características pueda ser desarrollada eficientemente desde su inicio hasta la sentencia definitiva (por ejemplo, controlando detenidamente la integración de la litis, la representatividad adecuada de los legitimados colectivos, inspeccionando rigurosamente la pertinencia de la prueba ofrecida, trazando un cronograma de actividades eficiente para la producción de los medios probatorios admitidos, etc.). Además de ello, tanto los litigantes como el juez deben pensar desde el inicio del pleito en la futura liquidación y ejecución de una eventual decisión condenatoria.

Así, quien presenta un caso colectivo no puede agotar sus esfuerzos en la correcta indagación de los antecedentes de la controversia, en la recolección de los elementos probatorios y normativos que utilizará en apoyo de su pretensión, ni en la elaboración de una presentación aguda y clara de sus argumentos. Esta labor es necesaria pero no suficiente para la representación adecuada de los intereses del grupo en clave colectiva. Además de ello, deben plantearse claramente desde el inicio del pleito, en la medida de las posibilidades, cuáles serán los mecanismos de liquidación y ejecución en caso de acogerse una pretensión compleja como, por ejemplo, la condena a la restituir sumas de dinero mal cobradas por empresas respecto de las cuales los consumidores no tienen una "cuenta corriente" en la que se puedan acreditar o debitar fácilmente tales montos.

En este, como en otros tantos ejemplos tutela patrimonial o extrapatrimonial de derechos indivisible o divisiblemente pertenecientes a una pluralidad relevante de personas (tutela de derechos

(4) Respecto de la categoría de procesos complejos y, en particular, los problemas que se suscitan en el ámbito probatorio en este tipo de litigios, ver en general: MORELLO, 2004.

difusos e individuales homogéneos, respectivamente), todos los operadores del sistema deben iniciar la contienda pensando en la eficacia del resultado futuro. Así, frente a la promoción de una demanda de resarcimiento promovida por un afectado, una asociación o el Defensor del Pueblo para que una empresa indemnice a un grupo significativo de consumidores por los padecimientos sufridos por una práctica comercial ilícita, el Juez puede acotar desde un inicio el objeto del debate, disponiendo —por ejemplo— que, dadas las características de la controversia y para una mejor adjudicación de la contienda, se discuta inicialmente el *an debeatur* (responsabilidad del accionado), dejando para más adelante la determinación individual del *quantum debeatur* (liquidación de la sentencia colectiva, en caso que sea favorable).

La opción dependerá naturalmente de las cualidades de cada conflicto y de las ventajas e inconvenientes que muestren las distintas estrategias de debate y decisión de la contienda. Pero aún cuando la determinación deba ser hecha caso a caso, no debe omitirse un punto de partida central: la necesidad imperiosa de que, entre las potestades ordenatorias y de dirección que —como vimos— se agravan en este tipo de pleitos dada su generalizada complejidad, se brinde, desde el inicio mismo del proceso, una especial atención a los métodos de liquidación y ejecución de una eventual sentencia condenatoria.

Para ello, es necesario que quienes intervienen en un proceso de estas características, conozcan adecuadamente las distintas alternativas que se pueden presentar en la liquidación y ejecución de una sentencia colectiva. A esto nos dedicaremos a continuación.

III. Liquidación y ejecución de sentencias colectivas (con especial referencia a las hipótesis de tutela de derechos individuales homogéneos)

Como es sabido, las sentencias dictadas en los procesos colectivos tienen particularidades distintas respecto de las que ponen fin un litigio individual o litisconsorcial.

La nota más saliente en esa línea divisoria, es el carácter general que los mandatos jurisdiccionales adquieren, al regir la conducta de una pluralidad relevante de personas que no han comparecido personalmente al proceso, sino que han sido “representados” atípicamente por una persona que se auto-nominó para gestionar los intereses del grupo. Por regla, los integrantes del grupo (v.gr., los usuarios y consumidores afectados por una práctica comercial ilícita) quedarán alcanzados por la sentencia definitiva (en el ejemplo citado: serán beneficiados por la condena al productor), por más que no hayan siquiera sabido de la existencia de una pretensión destinada a defender sus derechos. (5)

En tales términos, la norma jurídica que hace lugar a la pretensión grupal tiene alcances generales, a diferencia de la clásica individualidad que caracteriza a las decisiones jurisdiccionales. De dicha nota se derivan importantes consecuencias en lo que concierne a la implementación del mandato que pone fin a esta clase de litigios.

La primera de ellas es la relevancia que adquiere la liquidación de sentencias, instrumento de vital importancia en los procesos colectivos deducidos en defensa de derechos individuales homogéneos. Como el grupo de afectados por la conducta antijurídica sólo comparte (por lo general) el origen común de su agravio pero no la calidad o la dimensión de la lesión sufrida por cada uno de sus integrantes, muchas veces el proceso colectivo debe culminar con una decisión condenatoria genérica, en la que sólo se determina la ilicitud del obrar cuestionado y la responsabilidad de los demandados, pero no la cuantía del resarcimiento debido a cada integrante de la clase. Otras veces, el *quantum* del

(5) Por las limitaciones de este trabajo, no corresponde desarrollar aquí la temática de la cosa juzgada en los procesos colectivos y, en particular, de las distintas hipótesis en las que una sentencia colectiva resulta inoponible a los miembros del grupo (v.gr., por haber optado por excluirse de los resultados del pleito —opt out—; por haber sido sus intereses inadecuadamente representados en el pleito, etc.). Siendo que estas líneas se enfocan en la problemática de la ejecución de la sentencia colectiva, se parte de la hipótesis de un pronunciamiento favorable al grupo, cuyos miembros se verán beneficiados —en líneas generales— por la condena a ejecutar.

perjuicio sólo podrá ser determinado globalmente, frente al anonimato de los afectados por la conducta reprochada o su desinterés en percibir el crédito a título individual.

En todos estos casos, cobra fundamental importancia el régimen de liquidación de la sentencia colectiva, como paso previo necesario a la ejecución propiamente dicha. Examinaremos a continuación los principales problemas que suscita esta fase vital de las acciones de clase, especialmente cuando se refieren a la defensa de derechos individuales homogéneos.

1) Liquidación en general: distintos supuestos

La liquidación de sentencias es el procedimiento tendiente determinar cuantitativamente el monto de una sentencia condenatoria. Cuando dicho pronunciamiento no posee una suma líquida o fácilmente liquidable, es necesario acudir a un proceso de determinación cuya complejidad variará de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

En los procesos individuales o litisconsorciales tradicionales, no es necesario —en general— pasar por esta fase cognoscitiva, ya que las sentencias que condenan a pagar una suma de dinero (por ej., que ordenen restituir una suma dada en mutuo, repetir el pago de lo indebido, abonar las mejoras introducidas en una cosa, afrontar los daños y perjuicios ocasionados por un obrar ilícito contractual o extracontractual, etc.), deben contener —por regla— el monto correspondiente (art. 165, CPCN). Normalmente, en estos casos, sólo tiene lugar una variante precaria de liquidación, que se limita a desarrollar ciertos cálculos necesarios para establecer numéricamente la cuantía final a abonar, siguiendo los parámetros definidos en la sentencia (típicamente, el ejercicio aritmético exigido para determinar el monto de los intereses adecuados, cuando el fallo se limita a determinar el capital de condena, añadiéndole la condena al pago de los intereses correspondientes a la “tasa pasiva desde el momento del hecho” o a la “tasa activa desde el vencimiento de cada cuota impaga”, etc.). (6)

En otros supuestos, la liquidación adquiere una fisonomía más compleja, ya que no se trata sólo de desarrollar cálculos matemáticos, sino de determinar la cuantía de los daños producidos a consecuencia del obrar ilícito, cuando las sumas respectivas no hubieran sido determinadas en la sentencia condenatoria. Así, por ejemplo, cuando el fallo condena al pago de las mejoras necesarias introducidas por el tenedor luego de ordenar la restitución de la cosa, cuando se condena en costas a una las partes, etc., debe determinarse por los interesados la cuantía de dichas obligaciones, mediante un procedimiento cognoscitivo especial. En los procesos colectivos —como fuera anticipado y será desarrollado más adelante— esta variante de liquidación tiene especial importancia, dada la frecuente indeterminación de los miembros del grupo afectado o la imposibilidad o inconveniencia de determinar en el juicio la cuantía de los perjuicios sufridos por cada uno de sus integrantes.

Una última hipótesis de liquidación se presenta cuando la condena originariamente no fuera dineraria, pero se transforma en tal a consecuencia del incumplimiento del mandato jurisdiccional de hacer o no hacer (arts. 513 y 514, CPCN; 511 y 512, CPCBA). En tales hipótesis el actor podrá escoger entre exigir entre diversas opciones (v.gr., ordenar —siempre que fuere posible— que se cumpla la obligación de hacer por un tercero a costa del deudor, disponer que se repongan las cosas al estado anterior al incumplimiento de la orden de abstención del obrar, etc.). Una de ellas (la única, en algunos casos), es la determinación de los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del incumplimiento de la condena a hacer o no hacer. También aquí se presenta la necesidad de abrir nuevamente la discusión para determinar estos perjuicios, mediante un proceso especial posterior a la sentencia de mérito.

(6) Se discute en doctrina si esta clase de actualizaciones o cálculos matemáticos son verdaderamente hipótesis de liquidación. Con buenas razones, Luiz Wambier y Teresa Arruda Alvim Wambier niegan dicho encuadre: “Lo que frecuentemente ocurre es la necesidad de que esos títulos [nota: se refiere a los títulos extrajudiciales] tengan sus valores actualizados, y estas actualizaciones no son propiamente homologadas por el Juez sino, simplemente, aprobadas. Estas actualizaciones numéricas ‘nada liquidan’, limitándose, pues, a corregir ‘el quantum constante del juicio ejecutivo’” (WAMBIER, Luiz, 2006: 21, con cita de WAMBIER, Teresa, p. 263).

2) Liquidación individual de la sentencia colectiva y liquidación colectiva de sentencias. Concepto y diferencias

Previo a ingresar en los distintos problemas que presenta la liquidación en los procesos colectivos, resulta interesante trazar una distinción entre dos fenómenos comunes en este ámbito, como son la liquidación individual de la sentencia colectiva y la liquidación colectiva propiamente dicha.

En el primer caso, los afectados acuden a determinar el impacto perjudicial que el obrar calificado de ilícito en una sentencia condenatoria genérica, tuvo en su esfera individual de interés. En el segundo, es el legitimado colectivo quien, a falta de impulso por parte de los afectados individuales, promueve la liquidación grupal, a efectos de determinar el monto global de los perjuicios que el condenado le ocasionara al grupo.

Se trata de dos variantes de liquidación que funcionan de modo muy distinto, aunque pueden ser aplicados conjuntamente en un caso colectivo para obtener una efectiva implementación del mandato judicial. Veamos.

3) Liquidación individual de la sentencia colectiva

3.1) Introducción

Una de las líneas directrices que rigen el diseño de los procesos colectivos tanto en nuestro país como en el derecho comparado, es la de impedir la obstaculización de este tipo de litigios con planteos que hacen a la situación individual de los miembros de la clase. Por la facilidad con que estas intromisiones particulares se pueden presentar en materia de derechos individuales homogéneos, suelen establecerse distintos mecanismos paliativos en la legislación y jurisprudencia que privilegian la eficiencia del debate colectivo. Así, por ejemplo, al fijarse condiciones de admisibilidad tendientes a segregar de este ámbito a las pretensiones en las que la discusión sobre los aspectos individuales de cada afectado predomina frente al esclarecimiento de los puntos comunes a todos los miembros del grupo.

Otro de los instrumentos destinados a organizar adecuadamente el tratamiento de estos casos, la escisión del pronunciamiento condenatorio en fases: la primera de ellas destinada al análisis de la responsabilidad del demandado (condena genérica) y la segunda orientada a la determinación de los perjuicios que dicho obrar ilícito le produjo a cada miembro del grupo (liquidación individual). Esta separación tiene por objeto el avance progresivo del juicio sobre etapas sólidamente asentadas, precluyendo a partir del primer decisorio la posibilidad de volver sobre la cuestión de la responsabilidad del condenado frente a la masa afectada, para después poder ingresar en los matices de cada situación particular, en caso de ser necesario. Como fuera advertido, se trata de un resorte que no es exclusivo de los procesos colectivos, aunque tiene en ellos un campo fértil de aplicación.

La solución está prevista expresamente en el art. 54 de la Ley 24.240, luego de la reforma de la ley 26.361 (2008):

“Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante *sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación* [...]. Si se trata de *daños diferenciados para cada consumidor o usuario*, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, *por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda*” (énfasis propio).

En la Provincia de Buenos Aires, el Código de Implementación de los Derechos de Consumidores y Usuarios también contempla este dispositivo (art. 28, ley 13.133):

“Cuando se trate de acciones judiciales para la prevención o solución de conflictos, las sentencias tendrán los siguientes efectos: a) Si admiten la demanda, beneficiarán a todos los consumidores y

usuarios afectados o amenazados por el mismo hecho que motivó el litigio, *quienes podrán por vía incidental en el mismo proceso acreditar la legitimación, su perjuicio, ejecutar la sentencia, y en su caso liquidar los daños [...]*" (la cursiva nos pertenece).

Con mayor sofisticación, también el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica contempla este instituto del siguiente modo:

Art. 22: Sentencia de condena.— En caso de procedencia del pedido, la condena podrá ser genérica y fijará la responsabilidad del demandado por los daños causados así como el deber de indemnizar.

Par. 1°. Siempre que fuere posible, el juez determinará en la propia sentencia colectiva el monto de la indemnización individual debida a cada miembro del grupo.

Par. 2°. Cuando el valor de los daños individuales sufridos por los miembros del grupo fuere uniforme, prevalentemente uniforme o pudiere ser reducido a una fórmula matemática, la sentencia colectiva indicará el valor o la fórmula de cálculo de la indemnización individual.

Par. 3°. El miembro del grupo que no esté de acuerdo con el monto de la indemnización individual o la forma para su cálculo establecidos en la sentencia colectiva, podrá deducir una pretensión individual de liquidación.

En el último de los modelos aludidos se distinguen con acierto tres hipótesis diversas, que tienen directa repercusión sobre nuestro objeto de estudio.

La *primera* es la *regla general*: siempre que sea posible la determinación precisa del monto de resarcimiento individual, la sentencia deberá incorporar dichas sumas como objeto de condena. (7) Así, por ejemplo, si a un grupo de usuarios de cualquier servicio público le hubieran cobrado ilegítimamente un diferencial fijo, la sentencia podrá condenar a la devolución de dicho adicional a cada uno de los afectados que hubieran abonado el tributo. Si tales afectados hubieran sido determinados —por ejemplo— mediante una pericia contable sobre los libros de la empresa, la condena podría determinar quienes tienen derecho a la restitución de las sumas, así como la cuantía de los distintos créditos individuales.

La *segunda* es la hipótesis en la que la condena puede establecer las bases matemáticas para calcular la cuantía económica adeudada a cada uno de los afectados por el obrar ilícito. Así, por ejemplo, si a un grupo de empleados públicos les hubieran disminuido su remuneración y se considerara que una reducción salarial resulta inconstitucional si supera un porcentaje determinado (v.gr., el 33% del sueldo líquido), la sentencia colectiva ordenará la devolución de toda suma retenida que supere el porcentaje de reducción tolerado. Para ello, determinará las bases de cálculo necesarias para que cada uno de los afectados vea satisfecho su interés, por más que no se sepa anticipadamente cuánto cobrará cada uno de ellos. La liquidación de los créditos individuales, en tal caso, no demanda más que la aplicación de los parámetros matemáticos aludidos en el fallo.

(7) La versión inicial del Anteproyecto de Procesos Colectivos para Iberoamérica, presentada a la discusión del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, contenía una regla diversa, similar a la del régimen brasileño de acciones colectivas (art. 95 del CDC, ley 8078/1990), según la cual "en caso de procedencia del pedido, la condena podrá ser genérica" (el régimen brasileño es más rígido, ya que dispone que, en caso de procedencia de la acción, la condena "será" genérica). Oportunamente, junto con el profesor Roberto Berizonce, participamos de la discusión del anteproyecto, destacando que la regla aludida debía ser interpretada favoreciendo la posibilidad de que, en caso de haber sido recabados en el transcurso del proceso inicial elementos de juicio suficientes, la resolución comprenda también el quantum debeatur (BERIZONCE y GIANNINI, 2003:72). La versión definitiva del Código Modelo, aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004, colocó directamente esta solución como la regla general en la materia, procurando concentrar, en la medida de las posibilidades, las distintas fases de la condena en los procesos colectivos de defensa de derechos individuales homogéneos.

La *tercera* es la variante más típica de liquidación individual de la sentencia colectiva, como es el sistema basado en la promoción de pretensiones específicas por cada uno de los afectados, destinadas a determinar su pertenencia al grupo (o, en otros términos: la relación causal entre el obrar reprochado en el fallo y el daño sufrido en su esfera particular de interés) y la cuantía del perjuicio (*quantum debeatur*).

Esta distinción se muestra más precisa y satisfactoria que la incorporada en los pocos ordenamientos de nuestro país que se han dedicado al tema, por lo que, cuando el legislador nacional decida poner fin al estado de mora que exhibe en la materia, debería prestar especial atención a la sistemática seguida en el Código Modelo para la liquidación individual de las sentencias colectivas.

3.2) Objeto de la liquidación individual de la sentencia colectiva

En cuanto al objeto de este mecanismo para determinar la cuantía precisa de la condena, la liquidación individual de sentencias colectivas puede tener un objeto más amplio que el que predomina en los procesos individuales o litisconsorciales. En efecto, en el ámbito del litigio individual, la liquidación suele asumir dos variantes fundamentales: i) la “aritmética” (que —como vimos— para ciertos autores no constituye propiamente de una forma de liquidación); y ii) la determinación de la cuantía del daño (*quantum debeatur*): fase cognoscitiva posterior a la sentencia de mérito (v.gr., la determinación de la cuantía exacta de la condena en costas). En los procesos colectivos, en atención de sus reseñadas características definitorias, la liquidación de la sentencia puede además incluir otros contenidos como: iii) el análisis de la relación de causalidad entre el daño personalmente sufrido y el ilícito genéricamente reprochado (que permite incorporar al interesado dentro del grupo beneficiado por la condena); iv) la determinación del “*cui debeatur*” (qué se debe), cuando los distintos integrantes del grupo deben ser atendidos de diverso modo (por ej., cuando las condenas genéricas —en acciones preventivas o condenas a hacer o no hacer divisibles, etc.— no pueden ser cumplidas en especie respecto de algunos miembros del grupo).

3.3) ¿Cuándo es necesario acudir a la liquidación individual de la sentencia colectiva?

Hemos señalado previamente que el supuesto más común en el que se requiere esta fase previa a la ejecución del mandato jurisdiccional, es el de la *condena dineraria genérica* (por ej., la condena a resarcir los daños y perjuicios ocasionados a los consumidores por las falencias en la prestación de un servicio; o por un producto en mal estado o que carezca de las condiciones de seguridad suficientes).

Sin embargo, existen otras situaciones en las que sería posible acudir al proceso de liquidación individual de los daños, como —por ejemplo— los casos en los que se hubiera condenado al demandado a desplegar una conducta y dicha obligación de hacer fuera incumplida en especie (v.gr., condena a informar a los consumidores acerca de determinadas condiciones de una oferta de bienes o servicios, o de ciertas cualidades de un producto). Lo mismo ocurre frente a una condena a “no hacer” incumplida (v.gr., obligación de abstenerse de comercializar un producto tóxico). En estos casos, el consumidor no necesita iniciar un pleito para demostrar el deber de informar al que ya fue condenado el productor, o para acreditar el carácter tóxico del producto que debía retirarse del mercado. Simplemente debe el interesado promover una liquidación individual en los términos de los arts. 513 y 514 del CPCN, tomando a la sentencia colectiva como antecedente firme relativo a la responsabilidad del accionado y demostrando exclusivamente la relación de causalidad y el daño sufrido.

3.4) Algunos problemas que suscita la liquidación individual de la sentencia colectiva

El régimen de condena genérica seguida de sendos pedidos de liquidación individual enfrenta algunos problemas que deben ser brevemente examinados.

a) ¿Es necesaria la prueba de la existencia del daño en la fase condenatoria genérica?

El primero de ellos es el interrogante acerca de si es necesario demostrar, en la primera fase cognoscitiva (que culminará con la condena genérica), algún grado de afectación hacia los miembros del

grupo, para evitar que se desarrolle un litigio colectivo en abstracto. Se trata de saber si en el proceso inicial debe demostrarse la *existencia* del daño como presupuesto de la responsabilidad, más allá de su *cuantificación*, que será materia de análisis en las posteriores liquidaciones.

El instituto de la condena genérica tiene vieja raigambre. Ya en los inicios del siglo pasado, Calamandrei estudiaba la naturaleza, fundamentos y dificultades prácticas de la división del juicio de responsabilidad (CALAMANDREI, 1997:147). Allí, describiendo una tendencia jurisprudencial nacida en Italia sin texto legal que la respaldara explícitamente, enseñaba el maestro florentino cómo se había adoptado la praxis consistente en fraccionar la cognición sobre la pretensión de resarcimiento, en dos fases: una destinada a examinar el “*an debeatur*” y otra para determinar el “*quantum debeatur*”. En el primer segmento, se buscaba “establecer la certeza acerca de si el demandado debe jurídicamente responder por el hipotético daño”, mientras que en el segundo se procuraba “establecer en concreto la certeza del importe del daño”.

Aunque la reseña parezca tener un significado meramente académico, varios de los interrogantes planteados respecto del instituto en aquellas épocas, son susceptibles de renacer en la actualidad, por lo que será necesario advertir estas dificultades (cuya escala tampoco debe ser sobredimensionada) para no caer nuevamente en largas y bizantinas discusiones sobre aspectos superados. (8)

En particular, volviendo al interrogante planteado inicialmente, corresponde analizar el alcance de la prueba que cabe requerir al actor en la primera etapa (condena genérica), respecto de la existencia de los daños al grupo afectado.

La respuesta a la cuestión resulta trascendente cualquiera sea el sujeto “representativo”. Se trata de saber si para obtener la decisión separada sobre el *an debeatur*, basta con acreditar solamente la existencia de una hipotética responsabilidad por un daño meramente posible o es necesario, además, demostrar ya en esta primera fase la efectiva existencia del daño, reservando a la etapa de liquidación solamente la declaración cuantitativa de certeza del daño ya demostrado existente.

Ninguna de las fuentes normativas referidas en el apartado anterior, dan respuesta al citado interrogante. El art. 22 del Código Modelo iberoamericano parecería inclinarse por la primera hipótesis, es decir que —de escindirse en dos fases la cognición, como venimos analizando en este acápite—, bastaría en la fase inicial con declarar la certeza de la ilegitimidad objetiva del acto y la responsabilidad del agente, sin necesidad de indagar sobre la existencia del daño.

Siendo ello así, la sentencia condenatoria genérica tendría un mero alcance condicional (se somete su eficacia al hecho futuro e incierto de la prueba de la existencia y alcance del daño por un individuo de la clase). Casi se podría decir que a nada condena, sino que despeja la incertidumbre jurídica acerca de una responsabilidad hipotética por el resarcimiento de un daño de cuyo acaecimiento ninguna prueba se tiene.

La solución contraria, que exigiera alguna prueba del daño en la fase inicial con el argumento de evitar condenas que en vez de genéricas puedan ser abstractas, acarrearía mayores inconvenientes de los que podría provocar la hermenéutica recién ensayada. Así, si en la fase cognoscitiva inicial se exigiese al actor la verificación “genérica” de la existencia del daño (necesariamente acompañada de la acreditación “genérica” de la relación causal de ese daño con los hechos que conforman la *causa petendi*) se estaría desvirtuando la tésis de la escisión de la condena en etapas, dado que en la prác-

(8) Con ironía destacaba Calamandrei en el trabajo citado precedentemente, las dificultades y debates que la condena genérica de daños había producido en la praxis italiana. Decía, en un pasaje de este formidable ensayo, que “quien examine, de diez años a esta parte, los repertorios y maximarios de jurisprudencia en relación a la voz Daños, le puede parecer que en este decenio los jueces y abogados no hayan encontrado cosa mejor que hacer que especular sobre el daño ‘genérico’ y sobre los medios más adecuados de probarlo.” Más adelante, sentencia: “si la introducción en nuestro derecho del concepto de condena ‘genérica’ a los daños ha sido originariamente sugerida por el sano propósito de reprimir la litigiosidad y de favorecer la economía de los juicios, no parece, a juzgar por los repertorios de jurisprudencia, que este fin haya sido alcanzado.” (ob. cit., pp. 153-154).

tica resultaría dificultosa la distinción entre “prueba genérica” y “prueba específica”, entre “existencia del daño” y “cantidad del daño”, resultando de ello que se produciría una duplicidad de conocimiento que, naturalmente, atenta contra el principio de economía que domina en esta materia.

Proponemos, en conclusión, una interpretación que propende a la desvinculación total del debate probatorio sobre la existencia (genérica, específica, verosímil, etc.) del daño, en la fase relativa al *an debeat* (BERIZONCE y GIANNINI, 2003: 72; en el mismo sentido: SALGADO, 2011: 294-295). Sin perjuicio de ello, reiteramos que cuando sea más eficiente recabar en el transcurso del proceso de responsabilidad, elementos de juicio suficientes para determinar el daño producido, la sentencia deberá comprender también el *quantum debeat*, que sigue siendo la regla en la materia.

b) Competencia

Otro de los inconvenientes que acarrea el sistema de condena genérica seguida por sucesivas liquidaciones individuales, es el de la competencia para dirimir estos últimos planteos.

La regla que impera en nuestro medio, es el de la tramitación de los reclamos individuales de determinación del daño, mediante *incidentes de liquidación ante el mismo juez que dictó la sentencia grupal*. Así lo dispone el art. 54 de la LDC, que determina la vía “incidental” para la cuantificación de los perjuicios “diferenciados” sufridos por cada afectado, sin aclaraciones adicionales acerca del juez competente para dirimir dicho reclamo (lo que impone remitir a la regla general del art. 6.1 del CPCN, idéntico al que rige en distintas provincias de nuestro país). La misma línea es seguida en la Provincia de Buenos Aires por el art. 28 de la ley 13.133, según la cual los afectados “podrán por *vía incidental en el mismo proceso* acreditar la legitimación, su perjuicio, ejecutar la sentencia, y en su caso liquidar los daños”.

La solución merece reparos, especialmente en los casos caracterizados por una significativa expansión territorial de los daños producidos por el ilícito (por ejemplo, si se condenara a resarcir los perjuicios ocasionados por una práctica desleal o anticompetitiva de empresas de rango nacional, por la comercialización de un medicamento tóxico en farmacias de todo el país, por incumplimientos del marco regulatorio del servicio de telefonía fija prestado en diversas provincias, etc.). En tales hipótesis, la solución puede limitar irrazonablemente el acceso a la justicia de los reclamos de liquidación individual, frente a los evidentes obstáculos materiales que puede tener un damnificado domiciliado a centenas o miles de kilómetros de distancia del juzgado en el que tramitó el litigio colectivo.

Por este motivo, nos parece más apropiada la solución contemplada en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, según la cual —en estos casos— el proceso de liquidación de la sentencia “podrá ser promovido ante el juez del domicilio del ejecutante” (art. 23, par. único).

c) Medios alternativos para la liquidación individual de la sentencia colectiva

La promoción de incidentes en sede judicial para demostrar la pertenencia al grupo y el monto de los perjuicios sufridos por cada afectado, puede no ser la forma más eficiente de distribuir las sumas respectivas, especialmente frente a grupos particularmente extensos en los que, por las características del caso, se advierta que las víctimas carecerán de incentivos suficientes para promover un pleito individual de cuantificación (WRIGHT, MILLER y KANE, 1986: § 1784). Antes de remediar este problema mediante mecanismos estrictamente colectivos, en los que el monto global de los perjuicios se deposita en un fondo que aplicará los recursos a finalidades de promoción, etc. (ver *infra*, ap. 4), cabe indagar en la posibilidad de acudir a mecanismos alternativos para distribuir la indemnización entre los miembros del grupo.

En los EE.UU., país que —como es sabido— cuenta con una dilatada experiencia en materia de litigios por daños masivos (*mass tort litigation*), se han desarrollado diversas modalidades de adjudicación para este tipo de conflictos. Entre ellos, puede mencionarse la práctica consistente en designar a un funcionario especial (*special master*) para que se encargue de procesar los reclamos individua-

les, resolver las cuestiones relativas a la pertenencia al grupo y determinar el monto de los daños, de acuerdo con las guías anticipadas en la sentencia de mérito.

En cualquier caso, como lo señalan WRIGHT, MILLER y KANE (1986: § 1784. 4) en su clásica obra, los jueces deben “ejercer su discreción y en muchos casos su ingenio” para moldear sus decisiones y desarrollar procedimientos eficientes de determinación los perjuicios y de distribución de los fondos respectivos.

En nuestro país, algunas alternativas se han propuesto para evitar, en la medida de lo posible, la judicialización de esta fase de cuantificación de los daños sufridos por cada afectado, luego de la condena genérica dictada por la judicatura.

Salgado, por ejemplo, propone *delegar a las partes* el trámite referido a los incidentes de cumplimiento individual y recibir en sede jurisdiccional sólo aquellos reclamos en los que se susciten conflictos referidos a la apreciación de las circunstancias heterogéneas de cada lesión. Para ello, afirma el autor citado, es importante que la sentencia colectiva defina los parámetros indemnizatorios respectivos, pudiendo adicionalmente contemplarse un régimen de costas específico, que sancione al que hubiera reclamado u ofrecido el monto más alejado del que finalmente el juez determine. (9)

Consideramos que también sería posible acudir a dispositivos arbitrales o de amigables componedores en estos casos, siguiendo analógicamente la regla establecida en el art. 516 del CPCN para las liquidaciones complejas.

Una futura legislación en la materia debería, de todos modos, incorporar previsiones para dotar al juez de instrumentos idóneos (v.gr., auxiliares técnicos, oficiales integrantes de un cuerpo estable del Poder Judicial que sean designados para intervenir en cada caso al estilo de los *special masters* del sistema norteamericano, etc.) y de potestades de *adecuación* (10) para diseñar en cada caso la modalidad más eficiente de distribución de los daños diferenciales sufridos por un grupo extenso y potencialmente heterogéneo de afectados que comparten una lesión de fuente unívoca o común.

4) Liquidación y ejecución colectiva de la sentencia. El llamado “fluid recovery”

4.1) Introducción

Hemos visto hasta aquí dos tipos de solución generales para remediar el reiterado problema de las fases de la condena en los procesos colectivos promovidos en defensa de derechos individuales homogéneos. Por un lado, evaluamos la conveniencia de mantener como regla a la sentencia que ordena restituir los derechos desconocidos definiendo cualitativa y cuantitativamente la prestación debida a cada integrante del grupo y el modo de hacer efectiva la satisfacción de su interés. Posteriormente, analizamos la hipótesis de escisión de la condena en dos fases: i) un pronunciamiento genérico que declare la ilicitud del obrar, afirme la responsabilidad del accionado por el obrar ilícito y determine los parámetros a tener en cuenta para el cumplimiento del fallo; y ii) sendas liquidaciones individuales en las que cada afectado demuestre su pertenencia al grupo y la magnitud del daño sufrido.

(9) Se trata de un régimen de costas similar al que, por ejemplo, rige en la Provincia de Buenos Aires para el juicio de expropiación (art. 37, ley 5708).

(10) Berizonce ha sostenido con carácter general la aplicación del principio de “adecuación de las formas” como complemento del reconocido postulado de la instrumentalidad de las reglas procesales. A través del primero, el juez cuenta no sólo con la posibilidad de validar los actos que, pese al incumplimiento de las formas estatuidas por el legislador, alcanzan a cumplir su finalidad (art. 169, CPCN, corolario fundamental del referido principio de instrumentalidad), sino además de adecuar los tipos procesales a las características de la controversia como manifestación de sus potestades de dirección (case management): “... por vía de interpretación pretoriana se han abierto paulatinamente nuevos cauces en una línea de avance que, haciendo pie en las garantías fundamentales del debido proceso, primero [...] y de la tutela judicial efectiva, después, permite aseverar que el principio de adecuación de las formas [...] integra el sistema formal argentino” (BERIZONCE, 2011: 101-124, esp. p. 104).

Ahora bien, existen casos de defensa de derechos individuales homogéneos en los que las alternativas precedentes son ineficaces, ya que al ser puestos en práctica en una multiplicidad de casos, su resultado será virtualmente nulo, como ocurre cuando los miembros del grupo se caracterizan por su dispersión y anonimato, o cuando —por distintas razones— se advierte que no existe interés suficiente que justifique la promoción de los incidentes individuales de determinación de los perjuicios padecidos.

En estos casos recobra plena operatividad el ejercicio de la legitimación colectiva, brindándose a quienes están autorizados a defender judicialmente los intereses del grupo (v.gr., los afectados, el Defensor del Pueblo, las asociaciones que propenden a esos fines), la posibilidad de determinar globalmente el monto del resarcimiento respectivo. De lo contrario, se consolidaría, en la fase final del pleito colectivo, una lesión a la garantía del debido proceso (ya que no se prevenirían mecanismos adecuados para remover obstáculos materiales al acceso a la justicia), con el consecuente incentivo que toda lesión impune produce para el agente productor del daño. Con lo que el proceso colectivo no cumpliría dos de sus principales finalidades (favorecer el acceso a la jurisdicción y la eficacia del derecho material disuadiendo conductas ilícitas —*deterrence*—) (GIDI, 2007: 29-37; VERBIC, 2012: 3797).

En estos casos, como fuera anticipado, puede hablarse propiamente de un fenómeno de liquidación y ejecución colectiva de la sentencia (no ya de liquidación [individual] de la sentencia colectiva), ya que el cumplimiento del fallo es impulsado por un legitimado grupal en representación de la clase, por más que ninguno de sus integrantes se haya presentado (o se presente en el futuro) a hacer efectiva su acreencia individual.

4.2) El “*Fluid recovery*”

a) *Introducción*

El mecanismo más conocido de liquidación colectiva de sentencias es el denominado “*fluid recovery*” o “*cy pres distribution*”. Se trata de un sistema de *cuantificación global de los daños* producidos por un acto ilícito de especial interés cuando, por las características del caso, la condena colectiva perdería eficacia en caso de adoptarse un esquema de cumplimiento basado en la liquidación individual del crédito de cada uno de los afectados. En tales casos, luego de determinarse el monto total de los perjuicios sufridos por el grupo, las sumas respectivas son aplicadas al uso que mejor beneficie al grupo afectado (“*next best use*”). Así, por ejemplo: i) puede determinarse que el condenado disminuya el precio de un producto por un tiempo determinado para beneficiar a los consumidores futuros del mismo (*price mechanism*) (11); ii) puede también ordenársele identificar a cada uno de los afectados directos y otorgarles un descuento (*direct rebate*, según la denominación que en la práctica de las acciones de clase norteamericanas se da a esta variante de *fluid recovery*); iii) puede depositarse el monto de condena en un fondo (preexistente o creado *ad-hoc*), para que sean aplicados de forma tal que los miembros de la clase se vean indirectamente compensados o beneficiados (v.gr., mediante obras de infraestructura que mejoren el servicio, campañas educativas o de promoción, etc.).

En nuestro medio, no existe una legislación adecuada relativa a esta variante de cumplimiento de la sentencia colectiva. Sin embargo, entendemos que los jueces pueden implementar este tipo de mecanismos a falta de resortes más idóneos para garantizar la eficacia de sus fallos.

(11) La distinción entre variantes de compensación “fluidas” basadas en la reducción del precio (*price mechanisms*) y otras alternativas más complejas en su implementación y administración, como los fondos de compensación (*non-price mechanisms*), han sido estudiadas desde hace tiempo desde una perspectiva económica, a efectos de sentar parámetros útiles que permitan reducir el riesgo de cometer errores en la distribución de la indemnización global (ver en tal sentido, DURAND, 1981: 173-201, argumentando que los primeros —*priced mechanisms*— son económicamente inferiores en cuanto a su rendimiento que los segundos —*non-priced mechanisms*—, salvo en algunos casos específicos y limitados).

En el ámbito de la defensa de usuarios y consumidores, la admisibilidad de este mecanismo de ejecución de sentencias puede considerarse implícito en el art. 54 de la LDC, que establece que si los damnificados “no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado”. La reforma del año 2008 a la LDC (ley 23.361), dispuso la creación de un fondo especial destinado a la educación del consumidor (art. 47 *in fine*, LDC), administrado por la autoridad de aplicación de dicho cuerpo legal (es decir, por la Secretaría de Comercio Interior de la Nación). Sin embargo, la ley no contempla la utilización de ese fondo como instrumento de *fluid recovery* en las acciones colectivas de consumo, sino en el ámbito de las sanciones administrativas aplicadas por la autoridad de aplicación en ejercicio de su poder de policía. Nada obsta, de todos modos, a que en ausencia de un mejor destino (una “mejor forma de beneficiar al grupo afectado”, conf. art. 54, LDC), pueda disponerse como *ultima ratio* la transferencia de los montos respectivos al fondo especial contemplado en el art. 47 del citado ordenamiento.

b) Supuestos en los que procede

Existen dos hipótesis en las que este sistema de compensación es necesario para dotar de eficacia al mandato judicial: i) la primera tiene lugar frente al anonimato de los damnificados en masa, es decir, cuando es material o prácticamente imposible individualizar a los lesionados por la conducta ilícita —por ejemplo, si una asociación de defensa del consumidor iniciara una acción colectiva destinada a que se restituya a los usuarios de teléfonos públicos el “vuelto” que dichos dispositivos están autorizados a obviar, o para que una empresa concesionaria de obra pública devuelva el monto abonado en exceso a consecuencia de un aumento ilegítimo del peaje (12)—; ii) la segunda se da frente al desinterés por parte de los afectados, de presentarse a reclamar los daños padecidos individualmente (por ejemplo, cuando la relación costo-beneficio de dicha iniciativa es desfavorable para el afectado individual, o cuando la información relativa al dictado de la sentencia colectiva es insuficiente y, como consecuencia, los integrantes del grupo no llegan a conocer los mecanismos de que disponen para liquidar su acreencia, etc.).

En algunos de estos casos, puede preverse *anticipadamente* que los damnificados no comparecerán a liquidar y ejecutar sus acreencias (por ejemplo, en los supuestos de indeterminación irremediable o “anonimato” de los afectados, o de relación costo-beneficio desfavorable del accionar individual). En tales hipótesis, la misma sentencia condenatoria podrá disponer la creación del fondo (o la utilización de uno ya creado), al que se ordenará depositar el monto de los perjuicios que el grupo padeció, previa determinación global que, si no fue realizada en el pleito principal, será el objeto de la liquidación colectiva que estudiamos.

En otros supuestos, quizás no sea posible adelantar ese juicio y deba esperarse un tiempo prudencial para verificar si existe un interés concreto por parte de los afectados en solicitar el resarcimiento correspondiente. Diversas soluciones pueden pergeñarse para cubrir esta disyuntiva.

La primera sería tomar este fenómeno como parte del funcionamiento del fondo creado de acuerdo con la sistemática aludida en el párrafo anterior. Es decir, que el juez, al condenar al pago de los daños ocasionados y aun sin saber si se presentarán suficientes interesados a liquidar individualmente sus

(12) En ambos casos, sería relativamente sencillo probar el quantum del perjuicio ocasionado (v.gr., a través de los libros de la empresa y demás registros de administración). Sin embargo, la acreditación del monto a devolver a cada usuario resulta prácticamente imposible, por la probable destrucción, pérdida, etc., de los comprobantes respectivos. Similares ejemplos pueden conjeturarse en situaciones como las de vulneración a la normativa que tutelan la competencia. Sin una empresa, en ejercicio abusivo de su posición dominante, impone precios desproporcionados a sus productos, la declaración de ilegitimidad de tal actuar conllevará la condena a restituir a los consumidores del producto los sobreprecios pagados. Pero en muchas oportunidades sería casi inviable que los compradores hayan conservado prueba adecuada de la adquisición, lo cual se agravaría en caso de bienes consumibles. En síntesis, el anonimato de algunas relaciones de consumo condena a muerte a la pretensión de liquidación individual de ciertos daños.

acreencias, disponga la creación del fondo, liquide globalmente los perjuicios ocasionados e indique al administrador del fondo que tendrán prioridad para el cobro de las sumas respectivas quienes demuestren su pertenencia al grupo y la magnitud del daño padecido. Sólo el remanente será aplicado a las finalidades de promoción indirectas propias del sistema de compensación “fluida”. Varios de los fondos de compensación creados en el marco de las *class actions for damages* norteamericanas siguen este diseño.

La segunda alternativa es la perfeñada por el CDC brasileño (art. 100) (13) y por el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (art. 27). En dicho esquema, la liquidación colectiva sólo procederá si, luego de transcurrido un plazo prudencial (un año, en los ordenamientos aludidos), no comparecen “interesados suficientes en número representativo y compatible con la gravedad del daño”. Como puede advertirse, el esquema es diverso al aludido en el párrafo anterior. En el régimen ahora analizado, la procedencia de la determinación global de los daños causados al grupo está condicionada por el interés evidenciado entre sus integrantes. Si hay un número de reclamos “representativo” y “compatible con la gravedad del daño”, el fondo no se creará y el responsable sólo deberá afrontar las indemnizaciones liquidadas durante ese año, por más que el daño grupal hubiera sido mayor. Si, por el contrario, no comparece ese número representativo de afectados, luego del plazo de espera referido (un año), procederá la liquidación colectiva (*fluid recovery*). El sistema está basado en condiciones deliberadamente indeterminadas, que buscan dotar al juez de amplios poderes de valoración para resolver caso a caso si utiliza o no esta herramienta (fondos) para compensar los daños no liquidados individualmente.

c) Importancia de la prueba estadística. Quid del debido proceso

Siendo que —como vimos— el mecanismo analizado (*fluid recovery*) sólo procede cuando la liquidación de los daños individuales es prácticamente imposible, la determinación global de los perjuicios ocasionados muchas veces no podrá ser calculada mediante la sumatoria de los padecimientos sufridos por cada uno de los miembros del grupo.

Si se exigiera una prueba directa de esos perjuicios individuales para calcular el daño global, se podría caer en un círculo vicioso, especialmente cuando se acudió a esta vía precisamente por desinterés de los integrantes de la clase en exteriorizar ese daño diferenciado de fuente común. (14)

En tal caso, cobran especial relevancia para una determinación aceptable de los perjuicios del grupo, medios de convicción alternativos como la prueba estadística, los relevamientos generales de funcionamiento de los mercados, etc.

Mediante estos relevamientos, es posible extraer indicios generales que permitan arribar a un grado de convicción racional sobre el daño sufrido por el grupo afectado, pese a no tener conocimiento alguno sobre el impacto específico que el obrar ilícito hubiera tenido sobre la esfera individual de cada uno de sus integrantes.

(13) También en el régimen de la Acción Civil Pública brasileña, destinada a la defensa colectiva de derechos como el medio ambiente, el patrimonio cultural, etc., dispone de un régimen de liquidación colectiva con un plazo de espera más breve, de 60 días (art. 15, ley 7347/1985).

(14) Distinto es el caso de los ilícitos masivos en los que no es posible identificar a los titulares de los créditos individuales, pero se puede saber con precisión la cantidad de afectados y el perjuicio que cada uno de ellos sufriera. Recuérdese el ejemplo del cuestionamiento de un aumento en la tarifa de un peaje o de abuso de posición dominante por parte de una empresa que le permitió fijar precios por encima de los que hubieran correspondido en un mercado competitivo. De los libros de los demandados es posible saber cuántas ventas se realizaron y por qué precio, con lo que el daño global puede ser demostrado con prueba directa, aunque se deba acudir al *fluid recovery* por no poder hallar a los compradores del producto o a la mayoría de los automovilistas que pagaron el peaje durante el período cuestionado.

El tema no está exento de complejidades, dada la necesidad de acompañar un diseño probatorio eficiente con adecuadas garantías para los demandados de poder controlar el monto de los perjuicios ocasionados al grupo.

Veamos un caso que permite ejemplificar el funcionamiento y dilemas que suscita este tipo de evidencias en litigios como los que venimos estudiando. Para ello recordaremos la acción de clase iniciada en Nueva York en el año 2006, para resarcir a los consumidores de cigarrillos “light” introducidos en el mercado norteamericano desde 1971. (15) Los actores (representantes del Departamento de Justicia de los EE.UU.) sostuvieron como argumento central de su planteo que, entre esos años, decenas de millones de personas adquirieron el producto en el convencimiento de que se trataba de cigarrillos más “sanos” que los regulares, persuasión que —agregaron— respondió a una publicidad engañosa de las compañías tabacaleras. Éstas sabían que los cigarrillos “light” eran tan o más nocivos que los comunes, pero organizaron una fecunda estrategia de *marketing* para convencer de dichas bondades inexistentes. El caso, vale aclararlo, no estaba destinado a obtener resarcimiento por los daños a la salud ocasionados a los fumadores, sino a que se devuelva a los consumidores la parte del precio que pagaron por comprar un producto “light”. Se aportó en tal sentido una pericia de parte (*expert witness*), que —basada en estudios de mercado y prueba estadística— concluía que alrededor de la mitad del precio pagado respondía a la (inexistente pero publicitada) condición del cigarrillo “light” como un producto más sano que los regulares. Por lo que el daño globalmente ocasionado a los consumidores ascendía a la mitad de las ventas totales de cartones “light” durante 35 años: unos 144.000.000.000 de dólares. (16) Además, agregaron —con apoyo en dicho estudio pericial—, que la difusión de los cigarrillos “light” aumentó la demanda general de los fumadores, lo que incrementó el precio de los cigarrillos en general, produciéndoles un perjuicio ilícito adicional a los consumidores de unos 50.000.000.000.

El caso fue admitido (certificado) como acción de clase por el Juez de Distrito de Nueva York luego de un debate que duró unos nueve meses, habilitándose, para el caso de demostrarse el fraude publicitario, la prueba del perjuicio a través de prueba estadística. Afirmó en tal sentido que la evidencia estadística “confiable” puede ser un elemento significativo para que el jurado determine el monto de la compensación adeudada, por más que algunos temas deban ser tratados individualmente, como la resolución de ciertas cuestiones atinentes a la prescripción de los daños. En cuanto al destino de la indemnización, se echó mano del mecanismo del *fluid recovery*, al que nos venimos refiriendo, de modo de aplicar tales sumas a finalidades de promoción y beneficio indirecto de los afectados. (17)

Apelada la decisión, la Cámara revocó el pronunciamiento y dejó sin efecto la certificación de la clase en esos términos, considerando que la prueba estadística no era suficiente sino que se requeriría

(15) Caso “Schwab v. Phillip Morris,” resuelto el 25 de septiembre de 2006 por el Juez Federal del Distrito de Nueva York, Jack B. Weinstein. Para un comentario del caso: ver KARMEL y PADEN, 2006; ver asimismo MILLER y RAMOS, 2007.

(16) En puridad, la prueba estadística revelaba que el 90,1% de los consumidores de cigarrillos “light” compraron dicho producto guiados por la falsa representación exteriorizada mediante publicidad engañosa. El 9,9% restante, por ende, no integró al monto final de condena.

(17) Las razones por la que el magistrado acudió al mecanismo de determinación global (no individual) de los daños, se destacan por su pragmatismo y búsqueda de eficiencia en el servicio de justicia: la dimensión de la clase (todos los consumidores del país de cigarrillos light desde 1971 a la fecha) haría imposible que el jurado pueda recibir el testimonio de decenas de millones de actores respecto de los motivos por los que adquirirían cigarrillos “light” y no cigarrillos comunes. Vale destacar un interesante argumento defensivo de las empresas tabacaleras, finalmente descartado por el Juez Weinstein pero acogido por la alzada al dejar sin efecto la decisión de primer grado. Las demandadas afirmaron que la prueba estadística y la determinación grupal del daño le impediría controlar el testimonio de cada uno de los actores y repreguntarles acerca de las razones por las que compraban productos “light”. El magistrado rechazó esa denuncia de violación del debido proceso, afirmando que las demandas no tendrían obstáculos para controlar el resultado de la prueba estadística, pero que la organización del debate y conducencia de la prueba entraba dentro de las potestades de dirección del juez (*case management*) ingresando, por ende, dentro de sus “poderes discrecionales”.

un debate *individual* para demostrar que los distintos consumidores compraron los cigarrillos guiados por la publicidad engañosa y no por otros motivos. (18) Ello no importa descartar de plano toda posibilidad de acción de la prueba estadística en este tipo de conflictos, sino imponer su utilización únicamente en casos en los que sus conclusiones no priven al accionado de una razonable posibilidad de cuestionar la causalidad genérica a la que se arriba mediante dicha modalidad probatoria.

d) ¿Fondos de reparación genéricos o fondos ad-hoc? ¿Quién debe administrar el fondo y a qué fines deben aplicarse?

Otro de los interrogantes que se alzan respecto de estos mecanismos alternativos de compensación, se refiere a la conveniencia de aplicar los montos de condena a un fondo único, generalmente administrado por el Estado —como ocurre en Brasil con el Fondo para la Defensa de los Derechos Difusos (19) o en la Argentina con el Fondo de Composición Ambiental al que alude el art. 28 de la Ley 25.675 (20) o el ya referido Fondo de Educación para el Consumo previsto en el art. 47 de la LDC (21)— o autorizar la creación de fondos especiales de afectación en cada caso, los que serán administrados por quien el juez determine según los criterios generales de distribución o aplicación que se establezcan en la sentencia.

Entendemos que este último mecanismo es en general el que mejor garantiza una distribución adecuada y eficiente de los montos de condena en beneficio de los miembros del grupo afectado. Es que cuanto más general es el fondo (por ejemplo, el fondo de “educación al consumo” o de “recomposición ambiental”) más probable es que las sumas aportadas por el condenado se alejen de su misión prístina de compensar de la mejor manera posible a los damnificados por el obrar ilícito.

En cuanto al encargado de la administración del fondo debe tenerse presente que ejecución de las partidas de cualquier fondo de afectación demanda una técnica presupuestaria, contable y/o financiera depuradas, para las que el juez en general no está preparado ni cuenta con una estructura adecuada. Sin embargo, la judicatura no podría desentenderse absolutamente de la administración de los fondos respectivos, debiendo mantener un control efectivo sobre los destinos a los que los mismos son aplicados. De lo contrario, se privaría al Poder Judicial de instrumentos idóneos para garantizar la eficacia de sus mandatos. Para equilibrar dichos extremos en tensión, es posible pensar en soluciones intermedias que deban ser moduladas con flexibilidad, prudencia e inteligencia por parte de los jueces. Entre ellas pueden mencionarse alternativas como: a) la imposición al Estado de crear una estructura *administrativa* para disponer de los fondos según los parámetros generales contenidos en la sentencia y con adecuado control jurisdiccional; b) la creación de una

(18) U.S. Court of Appeals, 2° Circuit, “McLaughlin v. Philip Morris USA, Inc. (Philip Morris v. Schwab)”, 522 F.3d 215 (2nd Cir. 2008), sent. del 3 de abril de 2008.

(19) El Fondo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos brasileño fue pergeñado en Brasil por la Ley de Acción Civil Pública en 1985 (art. 13). Por Ley n° 13.555 de 2009, fue transferido de la órbita del Ministerio Público al Poder Ejecutivo nacional (Secretaría de Justicia y Defensa de la Ciudadanía).

(20) En el ámbito de la tutela ambiental, existen propuestas para dotar de mayores alternativas sentencias al juez, cuando advierta que la determinación de mecanismos atípicos o “fluidos” de liquidación de los daños colectivos es la mejor forma de dotar de eficacia a la sentencia de mérito. Así, por ejemplo, en el proyecto de reformas a la Ley General Ambiental elaborado por el Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata, aprobado y hecho propio por la Asociación Argentina de Derecho Procesal, en reunión del día 19 de septiembre de 2006, se incorpora expresamente la facultad de crear fondos de compensación ad-hoc, distintos al Fondo de Reparación contemplado en el art. 28 de la ley 25.675. El proyecto se encuentra publicado en La Ley (26/12/2006) y comentado por Francisco VERBIC (2009: 105-169).

(21) Ya fue aclarado que este fondo no fue diseñado como un instrumento de compensación para las acciones colectivas de defensa del consumidor, sino para aplicar parte de los montos recaudados en concepto de multa por la administración (Secretaría de Comercio Interior) cuando actúa en ejercicio de su poder de policía del consumo. Sin perjuicio de ello, el ejemplo es útil como modelo de actuación de un fondo genérico, concentrado y administrado por el Estado.

estructura estable del Poder Judicial, destinada a administrar y ejecutar esta clase de fondos como auxiliares de justicia; c) la utilización de profesionales *ad-hoc* que se encarguen de dicha tarea, extraídos de una lista confeccionada por el Poder Judicial con adecuado control de su idoneidad en general y de su desempeño en cada caso (lo que lleva a recordar la experiencia comparativa de los *special masters* norteamericanos, a los que ya hemos hecho referencia); c) la transferencia de los fondos a *fundaciones u organizaciones no gubernamentales* de destacada trayectoria, para que los apliquen a actividades tendientes a promover los derechos lesionados (22), con rendición de cuentas y control permanente.

Entendemos que para los casos de defensa de *derechos individuales homogéneos*, los resortes aludidos en los incisos b) y c) del párrafo anterior son los que exhiben mejores cualidades como instrumentos para dotar de eficiencia al decisorio colectivo. En los casos de *litigios estructurales*, en los que el cumplimiento de la sentencia condenatoria depende frecuentemente de una delicada coordinación de competencias entre los tres poderes y además entre diversas jurisdicciones dentro de la estructura federal del estado, la administración podrá desempeñar un papel más significativo en la administración de los fondos creados para la remediación del ilícito colectivo.

e) La liquidación colectiva frente al incumplimiento de condenas a “hacer” o “no hacer”

La liquidación colectiva de sentencias no sólo es útil en los supuestos de sentencias que condenan a resarcir los daños y perjuicios ocasionados por un ilícito, sino para casos en los que el proceso colectivo finalizó con un mandato de “hacer” o “no hacer”.

También en estas hipótesis puede ocurrir que por desconocimiento, desinterés o imposibilidad de determinar a los afectados, el legitimado colectivo proceda a ejecutar el mandato contenido en la sentencia y, a falta de otro medio para hacer cumplir en especie la obligación de hacer exigida en la sentencia respecto del grupo, solicite la liquidación colectiva de los daños ocasionados por su desobediencia, en los términos de los arts. 513 y 514, CPCN.

Se da aquí un particular supuesto de determinación genérica del *‘an debeat’* (demostración del incumplimiento de la sentencia colectiva), seguida del trámite aludido en los apartados anterior (v.gr., liquidación individual de los daños sufridos por el incumplimiento de la sentencia colectiva) (23) o de los restantes modelos de determinación global de daños (*fluid recovery*).

IV. Importancia de las pautas de liquidación y ejecución en los acuerdos transaccionales colectivos

Hemos desarrollado con anterioridad la problemática de los acuerdos en los procesos colectivos, aclarando es posible en este ámbito arribar a soluciones auto-compuestas como la transacción. La circunstancia de que el legitimado colectivo asuma una representación atípica del grupo (estando así

(22) En Los EE.UU., esta solución ha sido utilizada jurisprudencialmente y, en algunos Estados, obtuvo expreso reconocimiento legislativo. Así, por ejemplo, en California, la sección 384(b) del Código Procesal Civil estadual fue modificada en 2001, permite aplicar los fondos no reclamados por los miembros del grupo a ONG's o fundaciones que desarrollen proyectos que benefician a la clase o a personas situadas en posición similar, programas de promoción de derechos del niño u organizaciones que provean servicios legales a indigentes.

(23) Esta sistematización importa apartarse de la doctrina que en general considera a los “fondos” o mecanismos de *fluid recovery* como los únicos supuestos de liquidación colectiva de sentencias propiamente dicho. Así, importantes autores consideran que la liquidación de sentencias colectivas es siempre individual, con la sola excepción de los fondos de compensación, que sería “la única hipótesis en que se puede hablar de liquidación propiamente colectiva. En otros casos, se trata de la liquidación de la sentencia colectiva y no de liquidación colectiva de la sentencia” (WAMBIER y WAMBIER, 2007: 272). La postura asumida en el texto se aparta parcialmente de dicha definición, al concebir otros mecanismos de liquidación colectiva propiamente dicha, en la que uno de los integrantes del grupo promueve la liquidación a título grupal, procurando demostrar que el condenado incumplió el mandato jurisdiccional de hacer o no hacer y que, por ser la satisfacción en especie de imposible cumplimiento, corresponde transformar la condena e imponer al obligado que indemnice a cada uno de los afectados. Recién allí éstos procederán a liquidar la condena a título individual.

autorizado legalmente a gestionar los derechos y defensas de personas que no le dieron poder alguno para hacerlo), no es óbice para la conclusión de dicho tipo de acuerdos.

Sin embargo esa cualidad especial que reviste la legitimación grupal hace que, a diferencia de lo que ocurre en los procesos tradicionales, no sólo tenga que analizarse en cada caso la presencia de derechos disponibles o de cuestiones que no afecten el orden público (arts. 308, CPCN; 833, 842 a 849 y ccs., Cód. Civ.), sino que, además, deba revestirse al acto de formalidades y recaudos específicos destinados a verificar que el acuerdo sea justo para el grupo, por haber sido el fruto de una negociación seria, efectiva, proba y enérgica de quien se encuentra habilitado legalmente para estar en juicio en representación del conjunto de los afectados.

Tales recaudos adicionales propios de los acuerdos extintivos celebrados en el marco de procesos de este tipo pueden agruparse en tres variantes fundamentales:

a) la necesidad de analizar rigurosamente la representatividad adecuada del representante del grupo, evaluando los múltiples factores que juegan para apreciar esta idoneidad del legitimado (24);

b) la exigencia de verificar que el acuerdo sea adecuado, justo y equilibrado para el grupo, a efectos de lo cual cabe tener en cuenta parámetros como: i) la expectativa de éxito de la pretensión deducida; ii) la dificultad probatoria y complejidad jurídica del caso; iii) el tiempo y costos que insumiría demostrar la razón en juicio, asumiendo que el reclamo prosperara, aspecto directamente asociado con los incisos anteriores; iv) la adecuada distinción entre subcategorías de afectados, cuando ello fuera relevante; v) la *claridad de los parámetros para liquidar créditos individuales, cuando ello fuera necesario, y para ejecutar el convenio en caso de incumplimiento*; vi) la *garantía de concreción efectiva de las prestaciones comprometidas a favor del grupo*, evaluando el riesgo de insolvencia o modificación de las condiciones de cobrabilidad futura (factor que puede incluso ser tenido en cuenta comparativamente, para verificar si dicho peligro se potencia en caso de no arribarse a una transacción).

c) la posibilidad de notificar el contenido básico de la propuesta de acuerdo a los integrantes del grupo y de contemplar un régimen específico de autoexclusión (“*opt out*”) de los miembros del grupo que no desean formar parte de la solución general convenida, cuando ello fuera posible de acuerdo a las circunstancias del caso.

Si prestamos atención a las exigencias aludidas en el apartado b) respecto de las cláusulas del acuerdo, puede apreciarse que entre los distintos condicionantes relacionados con el contenido de aquél, se destaca la necesidad de acordar pautas claras de liquidación y garantías explícitas de cumplimiento. Por lo que, en lo que interesa a este trabajo, el juez puede negarse a homologar un acuerdo que carezca de previsiones concretas que permitan transformar al acuerdo en un dispositivo útil para modificar la realidad.

V. Conclusiones

Como colofón, corresponde sintetizar las principales conclusiones emanadas de los desarrollos precedentes:

1) La eficiencia del servicio de justicia y la eficacia de los mandatos judiciales transitan en nuestro país por una fase crítica.

2) Los procesos colectivos carecen de una regulación sistemática que afronte sus principales problemas e instituciones, entre ellos, los concernientes a la liquidación y ejecución de las sentencias que les ponen fin.

(24) Hemos desarrollado con más detenimiento esta exigencia fundamental impuesta como condición para el ejercicio de la legitimación colectiva, en otra oportunidad, a la que remitimos por desbordar el tema los alcances de este trabajo: GIANNINI, 2006: 179-214; *id.*, 2006-E-916. Ver, asimismo, para el estudio de este recaudo en nuestro medio: OTEIZA y VERBIC, 2010; VERBIC, 2007: 81-86; SALGADO, 2011: 210-225.

3) La norma jurídica que hace lugar a la pretensión grupal (sentencia colectiva condenatoria) tiene alcances generales, a diferencia de la clásica individualidad que caracteriza a las decisiones jurisdiccionales, cualidad de la que se derivan importantes consecuencias en que concierne a la implementación de este tipo de mandatos.

4) Entre estas consecuencias, cabe destacar la relevancia que adquiere la fase de liquidación de sentencias, instrumento de vital importancia en los procesos colectivos deducidos en defensa de derechos individuales homogéneos.

5) Dada la atipicidad y complejidad (subjettiva y objetiva) de los procesos colectivos, es fundamental la aplicación inteligente de técnicas eficientes de administración del litigio (*case management*) por parte de los operadores (partes, abogados y jueces). Entre dichos instrumentos debe prestarse especial atención, desde el inicio del pleito, al diseño del modo en que será implementada en el futuro una eventual sentencia condenatoria colectiva, incluyendo mecanismos eficientes de liquidación y ejecución.

6) Es dable distinguir la liquidación (individual) de las sentencias colectivas y de la liquidación colectiva de sentencias. En el primer caso, los afectados acuden a determinar el impacto perjudicial que el obrar calificado de ilícito en una sentencia condenatoria genérica, tuvo en su esfera individual de interés. En el segundo, es el legitimado colectivo quien, a falta de impulso por parte de los afectados individuales, promueve la liquidación grupal, a efectos de determinar el monto global de los perjuicios que el condenado le ocasionara al grupo.

7) La liquidación individual de la sentencia colectiva puede asumir diversas modalidades. En cuanto a su objeto, puede tener alcances más amplios que los que en general caracterizan a la liquidación de las sentencias individuales. En cuanto a los supuestos en los que procede, este paso previo a la ejecución del mandato colectivo procede: a) en las hipótesis de condena dineraria genérica (determinación del *an debeatur* sin identificación precisa del monto que cada integrante del grupo debe percibir en cumplimiento de la sentencia); b) frente a condenas de hacer o no hacer incumplidas, en las que cada miembro de la clase puede promover liquidación individual en los términos de los arts. 513 y 514 del CPCN.

8) Respecto del sistema de sentencias condenatorias genéricas seguidas de liquidaciones individuales (escisión del debate en torno al *an debeatur* y al *quantum debeatur*), cabe concluir que: a) se trata de un mecanismo que sólo debe ser utilizado cuando, por las características del caso, no sea posible o conveniente determinar el *quantum debeatur* en la primera etapa cognoscitiva del proceso colectivo; b) en cuanto a la necesidad de probar la existencia del daño como condición para el dictado de la sentencia condenatoria genérica, debe seguirse una hermenéutica que desvincule el debate probatorio sobre la existencia (genérica, específica, verosímil, etc.) de dichos perjuicios, en la fase relativa al *an debeatur*; c) respecto de la competencia para deducir los incidentes de liquidación individual, debe revisarse la solución adoptada en diversos regímenes en nuestro país, por el que se determina que ese tipo de reclamos tramite por vía incidental ante el juez que entendió en el pleito principal. Dicha solución puede producir una irrazonable limitación de la garantía del debido proceso (acceso a la justicia), por lo que debería seguirse el criterio sustentado en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, que autoriza al afectado a liquidar su acreencia ante el juez de su domicilio; d) es dable reconocer al juez amplias potestades para definir el modo más eficiente de liquidación individual del mandato colectivo (principio de adecuación de las formas), incluyendo modalidades alternativas como la designación de un funcionario especial que se encargue de procesar los reclamos individuales, la delegación a las partes del trámite respectivo, la aplicación sistemas arbitrales o de amigables componedores (siguiendo analógicamente la regla del art. 516 del CPCN para liquidaciones complejas), etc.

9) La liquidación colectiva de sentencias (*stricto sensu*) constituye un instrumento necesario para garantizar la eficacia de la tutela jurisdiccional, cuando por el anonimato o indeterminación de los afectados, o por el desinterés (*lato sensu*) de los mismos en reclamar su acreencia, la conducta ilícita

quedaría impune de acudir a los sistemas de liquidación individual de la sentencia. A través de los mecanismos de liquidación y ejecución colectiva, el legitimado colectivo puede solicitar que se determine globalmente el daño producido al grupo, a efectos de ser aplicados a finalidades total o parcialmente distintas del resarcimiento particular de cada uno de los afectados.

10) Una de las variantes más reconocidas de liquidación colectiva de sentencias es el denominado *fluid recovery*, que tiene lugar en dos hipótesis fundamentales: a) el caso de el anonimato de los afectados, es decir ante la imposibilidad material o práctica de individualizar a los lesionados la conducta ilícita reprochada; b) el supuesto de desinterés de los damnificados en liquidar sus acreencias a título individual.

11) La creación de fondos especiales de reparación para aplicar los montos procedentes de la liquidación global de los perjuicios, es una solución razonable que debe ser admitida en nuestro medio aun en ausencia de una regulación sistemática a su respecto. La aplicación de este tipo de mecanismos de *fluid recovery* integra los poderes de dirección con que cuentan los jueces para hacer efectivas sus decisiones. Sin perjuicio de ello, cabe bregar por la incorporación explícita de estos mecanismos de cumplimiento de las sentencias colectivas, tanto en la legislación sustancial como procesal de nuestro país.

12) Existen diversas alternativas posibles para regular la administración de estos fondos de compensación. En los casos de defensa de derechos individuales homogéneos, las variantes que muestran mejores cualidades en la materia, son: a) la creación de una estructura estable del Poder Judicial destinada a administrar y ejecutar esta clase de fondos como auxiliares de justicia; y b) la actuación de profesionales independientes que desempeñen dicho papel, extraídos de un listado especial confeccionado por el Poder Judicial con adecuado control de idoneidad en general y de desempeño en cada caso.

13) Los acuerdos transaccionales colectivos sólo pueden ser homologados si se presentan ciertas condiciones subjetivas y objetivas que permitan afirmar que el acuerdo es justo para el grupo, por haber sido el fruto de una negociación seria, efectiva, proba y enérgica de quien se encuentra habilitado legalmente para estar en juicio en representación del conjunto de los afectados. Entre dichas condiciones, en lo que interesa a este trabajo, importa destacar: i) la claridad de las cláusulas relativas a la liquidación de los daños padecidos por los miembros del grupo; y ii) la incorporación de garantías adecuadas de cumplimiento de lo pactado. En ausencia de estas condiciones, el juez podrá negarse a homologar un acuerdo celebrado entre las partes para extinguir el litigio colectivo.

VI. Bibliografía

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa y RODRIGUES WAMBIER, Liuz (2006). "Natureza da decisão que 'homologa liquidação'", RePro, vol. 62, cit. por WAMBIER, Luiz, *Sentença civil. Liquidação e cumprimento*, 3ª ed., Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 21.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa y RODRIGUES WAMBIER, Liuz (2007). "Anotações sobre a liquidação e a execução das sentenças coletivas". En Ada PELLEGRINI GRINNOVER, Aluisio GONÇALVES DE CASTRO MENDES y Kazuo WATANABE (coords.), "Direito Processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos", Revista Dos Tribunais, Brasil.

BERIZONCE, Roberto y GIANNINI Leandro (2003). "La acción colectiva reparadora de los daños individualmente sufridos en el Anteproyecto Iberoamericano de Procesos Colectivos". En Antonio GIDI y Eduardo FERRER MACGREGOR (comps.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa, pp. 63-80.

BERIZONCE, Roberto (2011). "El principio de legalidad formal bajo el prisma de la constitución 'normatizada'". En Roberto BERIZONCE (coord.), *Principios procesales*, La Plata, Editorial Platense, pp. 101-124.

CALAMANDREI, Piero (1997). "La condena 'genérica' a los daños". En *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Buenos Aires, El Foro, p. 147-179.

DURAND, Anna L. (1981). "An Economic Analysis of Fluid Class Recovery Mechanisms". En *Stanford Law Review*, Stanford, vol. 34, nro. 1, pp. 173-201.

GIANNINI, Leandro J. (2005). "Tipología de los derechos de incidencia colectiva", *Libro de Ponencias Generales y Trabajos Seleccionados, XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, en La Ley, 2005, pp. 40-63.

GIANNINI, Leandro J. (2006). "La representatividad adecuada en los procesos colectivos". En Eduardo OTEIZA (coord.), *Procesos Colectivos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pp. 179-214.

GIANNINI, Leandro J. (2006). "Legitimación en las acciones de clase", La Ley, Buenos Aires, LL 2006-E-916.

GIANNINI, Leandro J. (2007). *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, La Plata: Editorial Platense.

GIANNINI, Leandro J. (2009). "Los procesos colectivos en la Ley General Ambiental. Propuestas de reforma". En Roberto BERIZONCE (coord.), *Aportes para una justicia más transparente*, La Plata, Editorial Platense, pp. 105-169.

GIDI, Antonio (2007). "A 'class action' como instrumento de tutela colectiva dos direitos". En *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2007.

KARMEL, Philip y PADEN, Peter (2006). "Fluid recovery in class action litigation". En *New York Law Journal*.

MILLER, Jessica y RAMOS, Nina (2007). "Fluid Recovery: Manufacturing Common Proof in Class Actions?". En *Class Actions Watch*, septiembre de 2007.

MORELLO, Augusto Mario (2004). *Dificultades de la prueba en procesos complejos*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

OTEIZA, Eduardo y VERBIC, Francisco (2010). "La representatividad adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos. ¿Cuáles son los nuevos estándares que brinda el fallo 'Hala-bí'?". En *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires.

SALGADO, José María (2011). *Tutela individual homogénea*. Buenos Aires, Astrea.

VERBIC, Francisco. "El proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente n° 25.675. En búsqueda de un sistema procesal colectivo para la reparación del daño ambiental en la República Argentina". En *Revista de Processo*, nro. 157, Ed. Revista dos Tribunais, Brasil.

VERBIC, Francisco (2007). *Procesos colectivos*, Buenos Aires, Astrea, pp. 81-86.

VERBIC, Francisco (2009) "El proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente n° 25.675. En búsqueda de un sistema procesal colectivo para la reparación del daño ambiental en la República Argentina". En *Revista de Processo*, Brasil, nro. 157.

VERBIC, Francisco (2012). "Liquidación colectiva de pretensiones de consumo individualmente no recuperables por medio del mecanismo de *fluid recovery*. Nociones generales y su recepción en Argentina y Brasil", en RIDB, año 1, nro. 6, p. 3797.

WRIGHT, Charles, MILLER, Arthur y KANE, Mary K (1986). *Federal practice and procedure*. 2ª edición. Minnesota, West Publishing.

VIII. Legislación consultada

Ley 13.133, Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 9/1/2004.

Ley 24.240, Boletín Oficial de la República Argentina, 15/10/1993.

Ley 26.361, Boletín Oficial de la República Argentina, 7/4/2008.

Ley 25.675, Boletín Oficial de la República Argentina, 28/11/2002.

IX. Jurisprudencia consultada

Corte IDH, *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, 31/8/2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Juzgado Federal del Distrito de Nueva York, 25/9/2006, *Schwab v. Phillip Morris*.

U.S. Court of Appeals, 2° Circuit, 3/4/2008, *McLaughlin v. Philip Morris USA, Inc.*, 522 F.3d 215 (2nd Cir. 2008).

Análisis de los primeros fallos sobre mediación en la Provincia de Buenos Aires

POR RITA MARCELA GAJATE (*)

Sumario: I. Los primeros fallos referidos a la mediación en la Provincia de Buenos Aires. — II. La Mediación como método alternativo para la resolución de conflictos. — III. Materias excluidas. Menores. — IV. Honorarios. Regulación y percepción. — V. Bibliografía. — VI. Jurisprudencia consultada.

Resumen: La ley 13.951 sobre Mediación Prejudicial en la Provincia de Buenos Aires fue publicada en el Boletín Oficial el 10/02/2009, el Decreto 2530/10 dictado el 2/12/10 la reglamenta. El citado cuerpo legal comenzó a implementarse el 5 de mayo de 2012. A dos años de su puesta en marcha han comenzado a conocerse algunos fallos de las Cámaras de Apelaciones Civiles y Comerciales de la provincia de Buenos Aires sobre aspectos controvertidos en el marco reseñado. Nos proponemos efectuar un sucinto análisis sobre el contenido de los mismos.

Palabras clave: Mediación, demanda defectuosa, honorarios.

ANALYSIS OF THE EARLY JUDGMENTS ON MEDIATION ON THE PROVINCE OF BUENOS AIRES

Abstract: The law on Mediation 13,951 preliminary ruling in the Province of Buenos Aires was published in the Official Gazette on 10/02/2009, the Decree 2530/10 issued on 2/12/10 the regulates. The cited legal body began to be implemented on 5 May 2012. At two years of its implementation have begun to know each other some faults of the cameras of Civil Appeals and trade in the province of Buenos Aires on controversial issues in the framework outlined.

Key words: Mediation, demand faulty, fees.

I. Los primeros fallos referidos a la mediación en la Provincia de Buenos Aires

El objetivo del presente trabajo es dar a conocer los primeros pronunciamientos de nuestros Tribunales acerca de la implementación de la Mediación Prejudicial Obligatoria a partir de la puesta en marcha de la ley 13.951.

En primer término debo decir que comentaré fallos provenientes de Cámaras de Apelaciones y que se encuentran firmes. No se observa abundancia de casos planteados y que hayan arribado a la segunda instancia —al menos— a nuestras Cámaras de Apelaciones Civil y Comercial de La Plata. Sí hay mayor cantidad de planteos en la Primera Instancia. Advertimos que ya puede observarse alguna aplicación de criterio en diferentes planteos.

Escogí tres fallos con diferentes problemáticas y temáticas. No todos ellos se encuentran publicados.

(*) Abogada. Mediadora. Profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Formadora de Mediadores por la UNLP. Investigadora Ministerio de Ciencia y Tecnología, Cat. 2. Vicedecana Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales - UNLP, período: 2014-2018.

II. La Mediación como método alternativo para la resolución de conflictos

Un fallo con sentido docente

El primero de los pronunciamientos judiciales aparecido en el tiempo —04/09/2012— pertenece a la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial del Departamento Judicial de Dolores. El Doctor Agustín Hankovits lleva el voto, compartido con la doctora María R. Dabadie y la doctora Silvana Regina Canale. Se produce en el marco de la causa 91.814 —“Partucci Beatriz c. Fuertes Pérez Inocencia s/ Daños y Perjuicios”—. Este fallo presenta aspectos destacables en razón de diversas problemáticas que resuelve. Remito primero a los hechos para poder entender cuál ha sido el pronunciamiento.

La Ley de Mediación se implementa a partir del día 14 de mayo de 2012 de acuerdo con lo dispuesto por el art. 3º del dec. 2530/2010 prorrogado por decs. 652/2011, 110/2011 y 264/2011. El día 11 de dicho mes y año la actora presenta una demanda por Daños y Perjuicios pero al sólo efecto de interrumpir la prescripción.

El actor es el recurrente en la apelación y quien interpone demanda por daños y perjuicios (acción que le corresponde el trámite del proceso sumario, art. 320 del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires —CPCC—), unos días antes de que comenzara a funcionar la mediación. La misma fue presentada sin dar cumplimiento a los presupuestos establecidos en los arts. 330, 332 y 484 del CPCC, argumentando el actor que con posterioridad acompañaría la prueba y ampliaría la demanda. Tales conductas descriptas revelan que fue interpuesta al sólo efecto de interrumpir la prescripción y de hecho así lo deja expresamente aclarado en dicha pieza procesal.

Entiende el juez del voto, coincidentemente con el de grado, que a fin de entablar eficientemente la relación procesal es necesaria la ampliación de la demanda, entendida como una adecuada interposición procesal de la misma. Ante esta situación, tratándose de una pretensión por daños y perjuicios que tramita por procedimiento sumario, que se encuentra incluida entre los procesos a los que se exige la mediación previa obligatoria, y dado que dicho mecanismo ya iniciara su funcionamiento; es necesario que previamente —considera el sentenciante— se dé cumplimiento a ésta instancia auto-compositiva del conflicto.

Junto con esa demanda el actor presenta un pedido de diligencias preliminares. Dichas diligencias están exceptuadas de la mediación. El *a quo* y luego la Cámara señalan que nada impide que las mismas se lleven a cabo. Ello por cuanto lo que le exige la providencia —puesta en crisis por el actor— es que se dé cumplimiento a la mediación, previo a enderezar la demanda que fuera entablada de manera defectuosa, (sin intención de trabar la *litis* sino, como el mismo actor manifestara, al solo efecto de interrumpir la prescripción).

Este fallo tiene un contenido pedagógico, porque además de explicitar los fundamentos por los que confirma, se describe en la misma pieza jurídica el proceso de mediación en todas sus partes. El voto expresa: “La Mediación es una posibilidad y una oportunidad no una carga burocrática por la cual las partes deben pasar desaprehensivamente con eventuales consecuencias disvaliosas. Se ofrece a los contendientes a fin de resolver por si mismos conflictos que poseen y evitar juicios que irroguen mayores costos y dispendios de tiempo en los que el interés real de la parte no logra obtener satisfacción ni aún con sentencia favorable”. Se describen en su texto los beneficios que la Mediación ofrece a las partes. Este fallo es de ineludible referencia para los colegas que deban fundamentarse en los principios de la Mediación —y diría— es casi de cita obligatoria en razón de los dichos principios que allí se reconocen y que justifican la decisión adoptada.

Destaco algunos contenidos del fallo. Se explicita que la instancia de Mediación es un requisito ineludible para iniciar el proceso judicial. O sea, inicia el fallo argumentándose sobre la obligatoriedad que la ley 13.951 establece para el proceso de Mediación. A continuación se define el alcance del art. 32 del dec. 2530/2010 y las distinciones que se podrían hacer en torno a los conceptos de interrupción y suspensión de la prescripción y a las diferencias con el régimen establecido en el ámbito nacional. Aclara el pronunciamiento que a los fines de interrumpir la prescripción, el reclamante debe adjuntar

la demanda a su pedido de Mediación. Si no lo hace, el efecto que la parte logrará será la suspensión de la prescripción y no la interrupción.

En este caso, el juez se plantea si ha de considerarse o no como demanda a la presentación efectuada. Al examinar el escrito, los jueces advierten que no cumple con los requisitos del art. 330 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

Entonces entienden que esa demanda es defectuosa. Esto implica la posibilidad de que se complete y perfeccione. Ese es un reconocimiento que produce un primer efecto importante: para que se interrumpa la prescripción debe presentarse la demanda junto con la planilla de ingreso, *contrario sensu*, dicha presentación sólo suspende. En este caso, se trató de una demanda de Daños y Perjuicios, y el juez ha entendido que ese completamiento le da lugar a que pueda pasar por la etapa autosatisfactiva o de autocomposición. Sobre esta posibilidad el fallo hace méritos. Se esclarece que la Mediación no es un paso burocrático, sino que es una oportunidad que tienen las partes para sanear sus conflictos de modo más rápido y menos costoso. Por tal razón la manda del fallo es la exigencia previa a enderezar o completar esa demanda y su pase por el trámite de la mediación.

Otros textos que me parece valioso poner a disposición del lector: “La Mediación es un proceso no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en el conflicto” (del voto de los dres. Hankovits, Dabadie y Canale en el fallo precitado). El pronunciamiento judicial en este punto interpreta correctamente cuál es el rol del Mediador. Creo que este fallo está orientado a desvirtuar la idea de que la Mediación es un trámite que retrasa la expedición de la vía judicial. Éste es un desafío con el cual los mediadores están luchando en el presente. Justamente en el área de los Daños y Perjuicios es donde, por políticas de las compañías aseguradoras, la mediación termina siendo una instancia apurada o indeseada para transitar o permanecer por las partes, en general por la demandada. Por esta razón las expresiones del juez se revelan como muy valiosas: “El mediador induce a explorar fórmulas de arreglo que trascienden el nivel de disputa” (ÁLVAREZ, 1988). Estamos hablando de un litigio que todavía no está cerrado, la *litis* no está trabada. Ergo advierto que el juez se anima a incitar a las partes a transitar este proceso. Por eso se afirma con contundencia que la mediación es una posibilidad y una oportunidad y no una carga burocrática.

Aquí se ha destacado la bondad del fallo, muy adecuada a su carácter de primer pronunciamiento en el tema. La causa regresa a la primera instancia con la manda de transitar por la Mediación. Este fallo, no obstante, sufrió algunas críticas, ya que algunos entienden que podría comprenderse como una aplicación retroactiva, por aplicación de ley a una causa iniciada antes de la fecha de inicio de la implementación de la Mediación Prejudicial Obligatoria. Lo que aquí salva dicha cuestión es que la demanda es considerada defectuosa —no es completa—, y que su integridad se alcanza al adjuntar la prueba y al completar el actor con los requisitos procesales.

III. Materias excluidas. Menores

Otro caso con algunas interesantes particularidades es de La Plata, también una demanda por Daños y Perjuicios. En estos autos, en la ficha de inicio, se explicita en la carátula que se solicita medidas cautelares, y como es sabido, éstas no atraviesan el proceso de Mediación. La ficha es luego presentada ante la Mediadora y las medidas cautelares ante el juez competente.

La primera comienza su actuación y hace las citaciones correspondientes. Mientras tanto el juez advierte que en realidad es una demanda por Daños y Perjuicios por un hecho que se produce en un establecimiento educativo, donde la víctima del hecho es un menor. El juez califica la cuestión como materia no mediable. No obstante —y he aquí la originalidad del asunto— el juez decide intimar a la mediadora a que se excuse de intervenir en las actuaciones bajo apercibimiento de que si sostiene el silencio, se entenderá que desiste. Pero la mediadora, lejos de guardar silencio y desistir, apela el resolutorio judicial. Plantea que la intimación a la excusación no es pertinente y expone

su defensa en este punto. Queda —asimismo— como *thema decidendum* determinar si se trata de materia mediable o no.

Este es un fallo de la Cámara Segunda de la Sala Tercera de La Plata que tiene el voto de la Doctora María Cristina Mendiville. La causa es la número 115.406. En primer término, la jueza que lleva el voto, trata de dilucidar si se trata de materia disponible y que permita la mediación.

En la lógica de la ley, la razón de ser de la no aplicación de la mediación a cuestiones que involucran menores o que los tienen como partes, radica en la indisponibilidad de algunos que hacen a su estado. Las cuestiones de que se trata se reconocen claramente y se exceptúan. Son las causas sobre abrigo, tutela y filiación.

En este caso, la ficha de inicio, sólo indicaba apellido y nombre de actor-demandado y materia: daños y perjuicios. No hacía suponer que había menores involucrados. La sentenciante resolvió la improcedencia de la intimación a la excusación. Eventualmente la materia de la que se trata, que todavía en dichos autos no se explicitaba, sería disponible, ya que los padres son representantes necesarios del menor. Si bien el fallo no lo determina, existiría la posibilidad de proponer la ampliación al representante promiscuo y disponer un traslado a la Asesoría de Incapaces y que el acuerdo se suscribiera por todos los representantes del menor, o al menos contara con la anuencia del Ministerio Público.

Las distinciones que el fallo produce dan cuenta de que las acciones que ejerce el menor con intervención del Ministerio público no se encuentran sometidas a la mediación previa obligatoria (vgr., tutela, violencia familiar, abrigo, etc.) (art. 4º inc. 10 de la ley 13.951). Al identificar con la expresión “acciones” que ejerce el menor, se reconoce aquí una distinción con la materia venida en análisis.

El fallo clarifica que, conforme las constancias del proceso, los requirentes son adultos, sin obrar datos del menor que eventualmente condujeran a incluirlo. En este sentido se expresa: “En este proceso se han denunciado hechos que conllevan a delimitar la pretensión en el ámbito de los daños y perjuicios dentro de un establecimiento educativo en los que el menor y sus progenitores resultarían ser los reclamantes, acción distinta de las previstas en el citado art. 4º inc. 10 de la ley 13.951 (SCBA, Ac. 73622 del 21/03/2001, 101349 del 13/07/2011). Estas últimas las ejerce el menor, con la intervención del Ministerio Público y no se encuentran sometidas a la mediación previa obligatoria. Es dable observar que de acuerdo con las constancias agregadas al proceso, que en el supuesto aparecen en la calidad de requirentes adultos, sin obrar datos del menor que eventualmente condujeran a incluirlo —como requirente— en la mediación, ni ha sido solicitada la representación promiscua consecuen- te” (del voto de la Dra. Mendiville).

Si la revelación de estas cuestiones sucediera en la mesa de una Mediación y surgiera de la explicitación de los hechos que la víctima pudiera ser un menor y si se encontrasen presentes los padres —que son sus representantes necesarios—, éstos se hallan legitimados para obrar por sus hijos. Para alcanzar mayor seguridad jurídica, debería darse intervención al Asesor de Incapaces correspondientes.

Este fallo es —asimismo— altamente ilustrativo dadas sus valiosas citas doctrinarias. En su cuerpo se hace referencia al Primer Encuentro de Mediadores del Abogados del Colegio de Bahía Blanca del 21 y 22 de Septiembre del 2012, y citan trabajos de doctrina de colegas sobre el tema.

El pronunciamiento en cuestión explicita que las cuestiones inherentes a los menores han generado opiniones y tratamiento dispar. O sea que, en la especie, el intercambio de ideas que se ha producido no se encuentra zanjado. Existen, y los magistrados así lo reconocen, otros pronunciamientos que pudieran estar en disidencia respecto a éste.

IV. Honorarios. Regulación y percepción

El tercer fallo es quizás el que ha tenido mayor trascendencia. Es uno de los primeros en el tema de honorarios del mediador. Se trata de los autos: “Saravia Ángel Gabriel c. Coulter Santiago s/Daños y

Perjuicios - causa: 257.858. Procede del Juzgado N° 25 del Departamento Judicial de La Plata. En la apelación interviene la Cámara Primera Civil y Comercial, Sala Tercera. Los magistrados que suscriben el pronunciamiento son los Doctores Dolores Loyarte y Juan Carlos Rezzónico. El fallo es del 6 de Septiembre de 2012.

En este caso la mediación comienza por la audiencia pedida por el requirente. No se alcanzó acuerdo alguno porque no se pudo notificar la audiencia al requerido y a pesar de que el representante de la aseguradora quiso fijar otra, el requirente prefirió cerrar la instancia par continuar la vía judicial. Por ello, la apelante alega que según la habilita la ley 13.951 en el art. 31 y el decreto reglamentario en los arts. 27 y 28 procedió a iniciar la correspondiente ejecución de sus honorarios contra todos los partícipes de la mediación por la suma de 27 ius calculados en relación al reclamo de la demanda.

El *a quo* determina que ese proceso es prematuro y es precisamente este pronunciamiento el objeto de la apelación. De allí algunas cuestiones que quedan definidas en el fallo de Cámara. El Juez explicita que ninguna duda cabe que en el supuesto de autos, atento a que la etapa de mediación ha concluido —y a pesar de que la misma ha fracasado—, corresponde abonar los estipendios de la mediadora por su tarea en dicha etapa (De acuerdo al voto de los Dres. Layarte y Rezzónico en el fallo precitado). Aquí lo que el juez hace es una valoración del trabajo del mediador. Es más, en el cuerpo del fallo, habla del necesario respeto al principio de la remuneración y cita el art. 14 bis de la Constitución Nacional al ponderar que: “Una vez promovido el trámite de mediación, si éste se interrumpiere o fracasare, el Mediador tiene derecho a recibir una retribución por su trabajo”.

Se fundamenta lo afirmado manifestando que tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen dicho que: “Tal criterio que se ajusta a la garantía constitucional dispuesta por el art. 14 bis, referido a que por igual tarea corresponde igual remuneración (Revista de Derecho Procesal, Sistemas Alternativos de solución de conflictos, Doctrina y Jurisprudencia, ed. Rubinzal-Culzoni, págs. 191 yss, Jorge Hugo LASCALA “Aspectos prácticos en Mediación Ed. Abeledo-Perrot, págs. 170 y ss.).

Avanza el fallo disponiendo que es lo cierto que: “Al fijarse los estipendios deberán meritarse las circunstancias particulares de la causa (no se notificó al requerido motivo por el cual no se realizó ninguna audiencia y que el requirente desistió de continuar con la mediación para iniciar el proceso judicial, ver fs. 6/81, así como que los honorarios estipulados serán a cuenta del monto de la sentencia o del acuerdo a que se arribe en el proceso judicial (conf. art. 27 últimos dos párrafos del dec. regl. 2530/2010)”. El fallo finalmente dispone: “Se deja sin efecto el decisorio en cuyo mérito se dispone que deben regularse los estipendios de la mediadora, lo que se efectivizará en la instancia de grado.”

A partir de este fallo se suscitaron otras cuestiones conexas como el carácter del honorario si reviste o no la categorización de “a cuenta o es “provisorio”, la aplicación o no de la ley 8904, los diversos supuestos respecto a la presentación o no de la demanda en el plazo de 60 días, etc.

Dado el objeto de este trabajo, sólo referenciamos otros fallos cuyo análisis sería muy rico efectuar pero que por una cuestión de longitud del presente reservamos para otra oportunidad.

Algunas causas de referencia en el tema: “Falcon Antonio Honorio c. Venere Desplans s/ Daños y Perjuicios” (Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de La Plata, Sala Primera, Causa: 116.614, 15/08/2013); “Favacard SA c. González Marcelo Javier s/ Cobro Sumario de Sumas de Dinero (Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala Tercera, Causa: 152288); entre otros.

V. Bibliografía

ÁLVAREZ, Gladys, 1998. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

LASCALA, Jorge Hugo, 1999. *Aspectos prácticos en Mediación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

VI. Jurisprudencia consultada

CCiv., La Plata, Sala I, 15/08/2013, Falcón Antonio Honorio c. Venere Desplans s/ Daños y Perjuicios.

CCiv., Mar del Plata, Sala III, Favacard SA c. González Marcelo Javier s/ Cobro Sumario de Sumas de Dinero.

CCiv., Dolores, 04/09/2012, Partucci Beatriz c. Fuertes Pérez Inocencio s/ Daños y Perjuicios.

CCiv., La Plata, Sala III, 06/09/2012, Saravia Ángel Gabriel c. Coulter Santiago s/Daños y Perjuicios.

Correcta elección del carril impugnatorio y doctrina del recurso indiferente: la S.C.J.B.A. confirma su doctrina legal (no tan “indiferente”)

POR GUSTAVO GERMÁN RAPALINI (*)

Sumario: I. Sinopsis del fallo. — II. Recursos extraordinarios: adecuada elección del carril (principio de unicidad). — III. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y su diferenciación con la nulidad extraordinaria. — IV. Doctrina del recurso indiferente: breve análisis. — V. Glosa del fallo. — VI. Corolario. — VII. Bibliografía.

Resumen: La meticulosidad técnica en la asignatura recursiva, lejos de manifestarse como un mero prurito de exigua importancia, representa un eje esencial del funcionamiento de todo nuestro sistema procesal.

Desde siempre la doctrina del recurso indiferente ha sido enarbolada como una suerte de bastión al servicio de justiciable, que maniobrado por el magistrado posibilitaría la tramitación de un recurso extraordinario, no obstante merecer el mismo su rechazo por padecer vicios que merezcan su declaración de inadmisibilidad.

Propondremos, a partir de un criterioso precedente de la SCJBA, pasar rápidamente revista por los principales lineamientos de la doctrina alemana apuntada, finalizando con un breve comentario del fallo en cuestión, que a nuestro juicio, representa un prudente apuntalamiento de la doctrina legal imperante; la cual, por el momento, desaconseja la introducción pretoriana de dicho instituto.

Palabras clave: S.C.J.B.A., doctrina legal, recursos extraordinarios, recurso indiferente.

RIGHT CHOICE OF THE IMPUGNABLE RAIL AND DOCTRINE OF THE INDIFFERENT RECOURSE: THE S.C.J.B.A. CONFIRMS IT'S LEGAL DOCTRINE (NOT SO “INDIFFERENT”)

Abstract: The meticulous technique in the recursive subject, far from manifesting as merely pruritus of insignificant importance, it represents an essential axis of the functioning of our entire procedural system.

Historically the doctrine of the indifferent recourse has been hoisted as a sort of bastion to the service of the litigant, that operated by the judge would allow the processing of an extraordinary recourse, although a rejection is worthy as a result of the vices that deserve it's inadmissibility declaration.

We will propose, based on a sensible precedent from the SCJBA to glance at the main lines of the pointed German doctrine, ending with a brief review of the decision in question that to our judge represents a prudent underpinning of the current legal doctrine; which, for the moment, does not advise the praetorian introduction of such institute.

Key words: S.C.J.B.A., legal doctrine, extraordinary recourses, indifferent recourse.

I. Sinopsis del fallo

En el precedente “Schmidt, Jacobo Ernesto contra ‘Terminal Quequén S.A.’ Diferencias salariales” (causa L. 115.038; 11/9/2013), la SCJBA (1) declaró improcedente el embate extraordinario (RIL)

(*) Auxiliar Docente de Derecho Procesal Civil, Cátedra II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

(1) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

articulado por el actor, confirmando así el resolutorio impugnado que (habiendo hecho lugar a la defensa de prescripción articulada por la accionada) había rechazado la pretensión deducida por diferencias salariales.

Para así decidir sostuvo —en lo que aquí interesa— que el planteo del quejoso en referencia a la omisión del análisis en cuanto a la suspensión de la prescripción por él planteada en la instancia de origen, resulta ajeno al ámbito del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, por revestir una cuestión relativa a la omisión de tratamiento de planteos oportunamente introducidos por las partes, y en consecuencia, incumbencias propias del recurso extraordinario de nulidad.

Entendió que al haber el recurrente equivocado el medio de impugnación articulado para cuestionar la mentada omisión, esa falencia técnica no puede ser saneada por dicho Superior Tribunal, toda vez que los ámbitos de aplicación de cada uno de los recursos extraordinarios se encuentran precisamente delimitados.

Recordó que los recursos extraordinarios tienen exigencias técnico-formales propias, de insoslayable cumplimiento, y que dicha Corte no puede dejarlas de lado, pues de lo contrario se infringen las normas de carácter constitucional y legal que lo sustentan.

Adelantamos al lector que si bien con algunas divergencias que explicitaremos en el discurrir del presente, coincidimos con el fallo apuntado y entendemos saludable la doctrina legal que allí se apuntala.

II. Recursos extraordinarios: adecuada elección del carril (principio de unicidad)

La ley procesal establece ciertas formalidades respecto de los actos que integran el trámite judicial. Estas formas están determinadas en pos de la salvaguarda de los derechos de defensa y debido proceso de todas las partes involucradas (RAPALINI, 2013).

Pues bien, en materia de actos procesales de impugnación, el principio de legalidad tiene incidencia decisiva en las áreas del objeto y de la causa de los recursos; sobremanera, en el terreno de los recursos extraordinarios. El legislador establece qué tipos de resoluciones son susceptibles de ser atacadas mediante cada uno de los recursos y en virtud de qué errores resulta admisible la impugnación (TESSONE, 2004).

En consecuencia, la precisión técnica en materia recursiva no es un puro preciosismo lingüístico sino eje fundamental del funcionamiento de todo el sistema procesal. Y esto es así, si realmente se aspira a que todo el litigar sea algo más que un arte o la sumatoria de habilidades personales, siempre generadoras de enorme arbitrariedad (ALVARADO VELLOSO, 2008).

En la Provincia de Buenos Aires, los Recursos Extraordinarios ante la Suprema Corte de Justicia Bonaerense, proceden en los casos taxativamente enumerados en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y en el Código Procesal (dec.-ley 7425/1968; y modificatorias) y luego de reunir una gran cantidad de recaudos de admisibilidad. Ello no es una característica específica de nuestro ordenamiento provincial, sino más bien una nota típica de la casación.

La potestad de casación se atribuye al órgano jurisdiccional que se encuentra en la cúspide de la estructura de Poder Judicial: la SCBA; pero la labor se excita mediante un recurso extraordinario interpuesto por los sujetos procesales distintos del órgano (TESONE, 2004), sobre todo teniendo en cuenta que se trata de una vía extraordinaria articulada en el ámbito de un proceso dispositivo, donde se “afinan” las formas.

En cuanto a los carriles en particular, ellos son el de nulidad, el de inaplicabilidad de ley y el de inconstitucionalidad (art. 161, incs. 1º y 3º, Constitución Prov. Bs. As; arts. 278 y ss., 852 CPCBA; 55, ley 11.653) (RAPALINI, 2013).

III. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y su diferenciación con la nulidad extraordinaria

Puede decirse que el recurso de inaplicabilidad (2) tiene por objeto controlar la correcta aplicación de la ley por los tribunales, mientras que recurso de nulidad extraordinario (3), es aquel mediante el cual se denuncia la omisión de tratamiento en la sentencia de cuestiones esenciales y la ausencia en el fallo del sustento legal debidamente expresado.

En consecuencia, los cuestionamientos que pretenden atacar la omisión de tratamiento de planteos esenciales oportunamente introducidos por las partes, resultan ajenos a la órbita del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, siendo dicho déficit causal propio del recurso de nulidad extraordinaria. Y ello ha sido una doctrina legal constante de la SCJBA.

Estas —y tantas otras— vicisitudes propias del principio de unicidad vigente en materia recursiva, llevan en algunas situaciones grises a la interposición conjunta de más de un medio de impugnación, para quedar a cubierto acerca del andamiaje del agravio por alguno de los dos carriles intentados (GIANNINI, 2013).

Sucede que la aparente claridad semántica con que se fracciona los tres andariveles extraordinarios en la Provincia de Buenos Aires, vistos desde su faz dinámica, entremezclan sus límites y borronen sus contornos, obligando a los recurrentes a un exhaustivo y sistemático estudio casuístico de los precedentes del propio Tribunal.

Y si bien la Corte Bonaerense ha declarado procedente la nulidad de oficio (no obstante haberse articulado solo recurso de inaplicabilidad de ley), aún así destacó que dicho remedio era excepcional y restrictivo (4), imperando entonces como inalterable regla, la carga de postulación de la pretensión recursiva en cabeza del quejoso.

IV. Doctrina del recurso indiferente: breve análisis

Se denomina teoría del recurso indiferente (*Sowohl als auch Theorié*) (5) o también recurso paralelo, a aquél que, sin ser el que la ley prescribe expresamente para el caso; o que siéndolo se han omitido elementos formales, produce no obstante los mismos efectos respecto de la procedibilidad de la vía recursiva que el recurso correctamente articulado (FALCÓN, 2013).

La vertiente en estudio encuentra su cimentación principal en la ley de enjuiciamiento civil alemana. (6) La ZPO alemana, como su similar austríaca, legislan el recurso de casación aunque en pureza de verdad en el sistema germánico el instituto no es denominado propiamente “casación”, sino “revisión” (HITTERS, 1982).

Allí, en materia de admisibilidad de los medios de impugnación existe el principio de beneficio (*Meinstbünstigungsprinzip*) o teoría del recurso indiferente (*Sowohl Auch Theorie*) (PÉREZ RAGONE y otros, 2006).

(2) Art. 278 y ss., CPCPCBA.

(3) Art. 296 y ss., CPCPCBA.

(4) Remedio que entendió procedente cuando se afectaba directa e inmediatamente la garantía del debido proceso legal; resaltando que aunque no medie denuncia de infracción de los arts. 168 y 171 de la Constitución provincial, nada exime a dicho Tribunal de la responsabilidad que le incumbe por la estricta observancia de las formas instituidas en procura de la mejor administración de justicia. Asimismo, que corresponde declarar la nulidad aun de oficio del pronunciamiento que carece de motivación propia o que carece de fundamentación legal, requisitos que no pueden ser suplidos por remisión a lo expuesto en otra causa o en el fallo de primera instancia.

(5) Naturalmente, ambos institutos no son literalmente idénticos en la conversión de un idioma a otro. Desde este análisis raso, “recurso indiferente” sería *Tägliche Ressourcen* en idioma alemán.

(6) Sin embargo, Falcón [1975] entiende que su origen se encuentra en el Derecho Romano.

De este modo, un embate es procedente e idóneo si puede ser admitido en relación con determinada resolución, si es clara la naturaleza de ésta y del correspondiente medio impugnativo (regla general) (PÉREZ RAGONE y otros, 2006).

Es decir, que si se ofrecen dudas acerca de la procedencia de la impugnación y de la clase de recurso, a causa de que el defecto de la resolución a impugnar consiste en que se ha pronunciado una que no debió dictarse (por ej., se ha emitido una sentencia definitiva en lugar de una incidental o de un auto, o al contrario; o una sentencia ordinaria en vez de una contumacial, o viceversa), hay que resolverlas en el sentido de estimar la admisibilidad del recurso interpuesto (principio del “mayor favor”). Léase: el recurso es admisible tanto si corresponde a la resolución que por él se induce que hubiera deseado el recurrente (teoría subjetiva) como si es el adecuado a la que se ha dictado (teoría objetiva) (GOLDSCHIMDT, 1956).

Asimismo, el Código del Proceso Civil de Brasil preconiza el criterio de aceptación del recurso intitulado por error en casos de duda. La regla consiste, pues, en la admisión del recurso inadecuado propuesto, salvo hipótesis de mala fe o error grosero en el que pudiera haberse incurrido al momento de su interposición. Principio de fungibilidad, fuente de la doctrina del recurso indiferente, que ha sido celebrado por la doctrina del vecino país (MIDÓN, 2010).

V. Glosa del fallo

Como adelantáramos más arriba, la Suprema Corte rechazó el embate por improcedente, luego de desmenuzar los agravios traídos por el suplicante.

En lo que al presente trabajo interesa, el recurrente argumentó que el *a quo* —al abocarse al tratamiento de la defensa extintiva de la acción— omitió todo análisis de los eventuales efectos suspensivos de la prescripción que pudo haber provocado un telegrama que había remitido el actor a la accionada.

La referida crítica fue descartada por el *ad quem*, habida cuenta que se equivocó el carril recursivo por el cual debió haberse transitado a los fines de revertir este tramo del decisorio.

Aclaró que el referido déficit técnico no puede ser saneado por dicho superior Tribunal, recordando que imperan en el estadio recursivo extraordinario las máximas del “principio dispositivo”.

Precisamente, una de las derivaciones de ese postulado consiste en que, tanto la interposición de estos medios como su fundamentación están a cargo exclusivamente de las partes, quedándole prohibido al órgano jurisdiccional actuar de oficio en lo que a dichos menesteres respecta.

Agregó —creemos, con acierto— que la publicización del proceso civilístico moderno no ha alcanzado, en este capítulo de la materia recursiva, la altura que ganara en los trámites propios de las instancias ordinarias.

Por ello es que en este campo se advierte una característica propia, conocida como “principio de formalidad” (ajeno, por supuesto, a toda connotación excesiva o formulista), del cual deriva, como uno de sus principales corolarios, la regla de la “unicidad” recursiva, según la cual cada resolución tolera —generalmente— un solo carril de impugnación.

Si bien esta premisa, que impone al quejoso la carga de seleccionar adecuadamente el sendero de ataque, no prohíbe la interposición de más de un recurso en la misma pieza (conf. SCJBA, en autos “EGBA S.A.”, 05/09/1995), sí exige delimitar con precisión cuáles son los argumentos que pertenecen a cada remedio, función que —como adelantamos— no puede ser ejercida oficiosamente por dicha Corte (conf. SCJBA en autos “Monte, Juan Lázaro contra Municipalidad de Lomas de Zamora. Accidente de trabajo. Acción especial”, 05/09/2012).

Si bien es cierto que la casación debe mantener un criterio amplio, para evitar la frustración de estos remedios, ello así, considerando que la justicia moderna tiende cada vez más a concretar el principio de “*deformalizzazione*”, es decir que va hacia el informalismo, y en el futuro podría llegarse

al modelo del recurso indiferente, tal pauta carece de vigencia —por ahora— mientras las leyes de enjuiciamiento no sean modificadas. (7)

Pero aun quienes propugnan por la aplicación de esta doctrina señalan que no procede en cualquier caso, teniendo ciertos límites en esta parcela (HANKOVITS, 2010), siendo —v.gr.— el supuesto de resoluciones confusas uno de los parámetros que se ha meritado a estos efectos (conf. SCJBA, en autos “Rubio...”).

VI. Corolario

Como vimos, la minuciosidad técnica en la asignatura recursiva, lejos de manifestarse como un mero prurito de exigua importancia, representa un eje esencial del funcionamiento de todo nuestro sistema procesal.

Consideramos oportuno destacar (principalmente por el erróneo impulso distorsionado y expansivo que se le ha otorgado al instituto) que ni siquiera en la propia raíz germánica el principio se haya instituido como una suerte de “comodín” de indiscriminada utilización sino que, como hemos visto, su *ratio* oscila en aquellas situaciones en las cuales se está frente a una resolución confusa, una situación evidente o una duda razonable.

La introducción a ciegas de esta doctrina en nuestro derecho positivo acarrearía consecuencias en nuestra ley de enjuiciamiento civil que exceden en demasía el mero capítulo recursivo, trastocando sensiblemente los pilares de nuestro sistema dispositivo, y asimismo, acrecentaría sensiblemente el caudal de impugnaciones que al menos pasarían la membrana de la admisibilidad, desvirtuando la función que —entendemos— la SCJBA debe desempeñar como tribunal supremo. Todo lo cual desarta su abordaje periférico.

Por lo cual, un análisis serio de la temática obliga previamente a preguntarnos qué ley procesal tenemos y cual queremos para nuestro ordenamiento (cuestiones de neta política legislativa), y desde allí analizar las ventajas o no que ésta doctrina puede arrastrar.

Lamentablemente nuestra historia está plagada de ejemplos de trasplantes irresponsables de institutos que en sus países de origen pudieron haber sido virtuosos, pero que insertos en nuestro sistema y en contacto con nuestra idiosincrasia, fracasaron. (8)

Desde cristales argentinos, postular la lisa y llana terminación de las formas en materia recursiva y reemplazar todo el andamiaje impugnativo con la doctrina en estudio, afectaría groseramente el derecho de defensa en juicio de los particulares (ALVARADO VELLOSO, 2008) contrariamente a lo que se comúnmente se sostiene.

Auguramos esta no sea la suerte que deba correr la doctrina del recurso indiferente en nuestro sistema, y en el mientras tanto el momento de una discusión (esperemos, seria) arriba, entendemos prudente el mantenimiento de la doctrina legal de la SCJBA.

VII. Bibliografía

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, 2008. *Introducción al estudio del Derecho Procesal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni editores.

(7) Algo que la Corte ya venía sosteniendo (causa C. 98.854, entre otras).

(8) No creemos ser innovadores en esto, sino todo lo contrario. Proponemos algo tanto sencillo como utilizar mecanismos propios de otras ciencias. Piénsese, v.gr., que para un médico que debe llevar a cabo un trasplante (o inserto), a los efectos de trasladar órganos, tejidos o células de una persona a otra, resulta “básico” analizar, en forma previa, la repugnancia o no (compatibilidad) del órgano a insertar con el organismo humano receptor. Salvando las diferencias, algo idéntico y con similar profesionalismo, deberíamos hacer legisladores y juristas.

FALCÓN, Enrique, 1975. “El recurso indiferente”, en *La Ley*, Buenos Aires, B, 1139.

— 2013. “El recurso indiferente”, en A.A.VV., *Tratado de los Recursos - Homenaje al Prof. Adolfo Rivas*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni editores.

GIANNINI, Leandro J., 2007. “El recurso extraordinario de nulidad en la provincia de Buenos Aires (Algunos aspectos técnicos)”, en *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 291-345.

GOLDSCHMIDT, James, 1956. *Derecho procesal civil*. Traducción de la segunda edición alemana, y del Código Procesal Civil alemán, incluido como apéndice por Leonardo Prieto Castro, con adiciones sobre la doctrina y la legislación española por Niceto Alcalá-Zamora Castillo. Buenos Aires: Editorial LABOR, S. A.

HANKOVITS, Pablo F., 2010. “Teoría general del recurso extraordinario. La operatividad del principio iura novit curia. Criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Suprema Corte de Buenos Aires”, en *Abeledo Perrot*, Buenos Aires, N° 9, 973-981.

HITTERS, Juan C., 1982. “La casación civil en Alemania. Sus rasgos definidores”, en *Jurisprudencia Argentina*, II, 762.

MIDÓN, Marcelo S., 2010: “Acerca del poder-deber del juez de reconducir el recurso inadecuadamente propuesto. El principio de saneamiento procesal y la doctrina del recurso indiferente”, en *Abeledo Perrot*. N°: 0003/015022).

PÉREZ RAGONE, Álvaro; ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, 2006: *Código Procesal Civil alemán (ZPO). Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung.

RAPALINI, Gustavo Germán, 2012. “El nuevo escenario que plantea el “valor inmobiliario de referencia” con relación al ‘valor del agravio’ en el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en la provincia de Buenos Aires”, *elDial.com*, Buenos Aires.

— 2013. “Exceso ritual manifiesto y búsqueda de la verdad jurídica objetiva: ¿un proceso sin formas?”, *elDial.com*, Buenos Aires.

TESSONE, Alberto J., 2004. *Recursos extraordinarios - Inaplicabilidad de ley o doctrina legal*. La Plata. Editora Platense.

VIII. Jurisprudencia consultada

SCJBA, 11/09/2013, Schmidt, Jacobo Ernesto contra “Terminal Quequén S.A.” Diferencias salariales. Órgano *a quo*: Tribunal de Trabajo N° 1 del Departamento Judicial de Necochea.

SCJBA: C. 97.746 [2011]; L. 99.604 [2010]; L. 96.124 [2009]; L. 93.375 y P. 97.852 [2008]; L. 84.535 y L. 85.849 [2007]; P. 90.434 [2005]; P. 91.510 y P. 89.581 [2004]; P. 79.193 y P. 83.707 [2003]; P. 83.407, P. 67.946, P. 67.946 y P. 55.117 [2002]; P. 71.173 [2001]; P. 60.795 [2000]; P. 61.855, P. 60.711 y P. 61.855 [1999]; P. 59.386 y P. 59.386 [1998]; P. 49.160 [1997]; P. 51.284, P. 58.598 y P. 51.284 [1995]; P. 49.513 y P. 49.513 [1994]; P. 49.134 y P. 45.156 [1992]; P. 37.782 [1989].

SCJBA, 11/06/2008, “Rubio, Domingo y otro c. Marcos, Hilda Carmen. Cobro hipotecario”, Buenos Aires.

SCJBA, 05/09/1995, “E.G.B.A. S.A.” Buenos Aires.

SCJBA, 05/09/2012, Monte, Juan Lázaro c. Municipalidad de Lomas de Zamora. Accidente de trabajo. Acción especial. Buenos Aires.

El territorio argentino como sede de ejecución internacional de la pena

POR NATALIA ARGENTI (*)

Sumario: I. Consideraciones iniciales. — II. La Corte Penal Internacional. Repaso de sus notas salientes. — III. La ejecución de la pena en el Estatuto de Roma y el estado de los casos ante la Corte Penal Internacional. — IV. Acuerdos bilaterales de recepción de condenados. — V. La Argentina y las formas de cooperación con la CPI. — VI. Relevamiento de factores para futuros acuerdos. Ejes temáticos. — VII. Palabras finales. — VIII. Bibliografía. — IX. Legislación consultada. — X. Jurisprudencia consultada. — XI. Otros documentos consultados.

Resumen: El objetivo principal de este trabajo es poner de relieve los múltiples problemas que deberían afrontarse para que las cárceles argentinas administren las penas de acuerdo con el Estatuto de Roma (art. 103). La propuesta tiene eficacia cuantificable en términos del tratamiento humanitario de los reos y promueve, en general, el ejercicio de sus derechos más vitales y básicos.

Palabras clave: ejecución penal internacional, cárceles, acuerdos de recepción.

THE ARGENTINE TERRITORY AS AN INTERNATIONAL VENUE FOR THE ADMINISTRATION OF PUNISHMENT

Abstract: The primary goal of this work is to highlight the various problems that should be addressed so that Argentine prisons can administer punishment according to the Rome Statute (art. 103). The proposal has a quantifiable effect in terms of the humane treatment of the incarcerated population and promotes, in general, the exercise of their most vital and basic rights.

Key words: penal enforcement international, prisons, reception arrangements.

I. Consideraciones iniciales

La meta primordial de este trabajo consiste en poner en evidencia los distintos factores que por problemáticos, deben relevarse y neutralizarse, para que las cárceles del suelo argentino, puedan articular de un modo eficaz en la ejecución de la pena internacional que propone la letra del Estatuto de Roma (art. 103). Eficacia cuantificable en términos de trato digno al reo, igualitario y de protección a sus derechos vitales y más elementales (vida, integridad física, lazos familiares, trabajo, satisfacción de necesidades orgánicas, culturales, sociales, entre otros).

El punto de partida de este recorrido habrá de tener lugar en el hecho de que los conflictos que resultan moneda corriente en la ejecución de la pena impuesta por nuestros Tribunales nacionales, y que serán abordados a lo largo de este trabajo, se verán amplificadas por las circunstancias de lugar, tiempo y modo inherentes a una ejecución fuera de los límites geográficos del órgano que debe controlarla.

Y es entonces, que propongo que la búsqueda de un nexo conector entre las normas del Estatuto de Roma y el derecho interno, por ella misma invocado, debe desplegarse en gran medida, a la luz de la experiencia local, ya que esta es la que auspiciará de escenario para el montaje de ese alojamiento

(*) Auxiliar Docente con funciones de Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Procesal Penal, Cátedra II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

carcelario especial, necesario ante la ausencia de penitenciarias propias del órgano internacional de enjuiciamiento.

Reflexionando siempre en el sentido de que si bien los delitos que reprime el Estatuto de Roma resultan los de mayor gravedad en todo el sistema penal, llamados en el art. 1º del Estatuto como “los crímenes más graves de trascendencia internacional para la comunidad internacional en su conjunto”, ello no autoriza a castigar a sus autores traspasando los límites inherentes a la dignidad humana.

II. La Corte Penal Internacional. Repaso de sus notas salientes

Antes de entrar de lleno al tema que nos convoca habré de realizar un somero repaso de las notas básicas de la Corte Penal Internacional.

Es común leer que la comunidad internacional alcanzó un hito histórico el 17/07/1998 cuando se aprobó el Estatuto de Roma, que entró en vigor el 01/07/2002 con la ratificación n° 60, permitiendo el nacimiento de un órgano internacional de juzgamiento sin precedentes: la Corte Penal Internacional, con sede en La Haya (Países Bajos), la que abrió sus puertas de par en par hacia la universalización de los derechos humanos.

Su creación responde al interés de contar con un órgano de enjuiciamiento para los crímenes que afectan a la comunidad internacional, los que el Estatuto de Roma enumera como: a) crimen de genocidio, b) crímenes de lesa humanidad, c) crímenes de guerra y d) crimen de agresión (arts. 5º a 8º):

“Crímenes internacionales que se encuentran en normas reconocidas y aceptadas por la comunidad internacional: Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio [1948], los Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario [1949] y sus Protocolos Adicionales [1977], la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes [1984] y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas [1994]” (GUTIÉRREZ POSSE, 2006: 83).

Reúne caracteres de suma importancia: permanencia, imparcialidad, no retroactividad, independencia, complementariedad, competencia sobre personas (no Estados) y vocación de universalidad. Diferenciándose así de las cortes integradas ex post facto y para misiones específicas con estructuras móviles o errantes (recordemos a los Tribunales de Nüremberg y Tokio creados para juzgar los crímenes cometidos durante la segunda guerra mundial, y años después los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda).

Que actúa sobre la base del principio de complementariedad con las jurisdicciones nacionales de los Estados Parte (principio recogido por el Preámbulo del Estatuto de Roma y el art. 1º: “estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario”) significa que su intervención es sólo en los casos en que la jurisdicción primaria no ejerza su competencia porque no está dispuesta a hacerlo o no esté en condiciones de hacerlo —incapacidad de investigación o juzgamiento por colapso de su administración de justicia— [17, 1º.a del Estatuto]. Por el art. 17, 2º.a), b) y c) la forma de medir esa voluntad persecutoria es chequeando la existencia de demoras injustificadas y/o acciones u omisiones incompatibles con la intención de hacer comparecer al proceso al imputado o alineadas con la idea de sustraerlo de su responsabilidad.

“El crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra deben castigarse. Velar por ello es, ante todo, obligación de cada Estado. En caso de que dicha persecución penal nacional resulte insuficiente por causas jurídicas o fácticas, en adelante los tres gravísimos crímenes antedichos podrán ser perseguidos por la Corte Penal Internacional (CPI), con lo cual se evitará la impunidad de los autores. Estas tres ideas rectoras constituyen el elemento esencial del Estatuto de Roma, a saber, el principio de complementariedad (art. 17.1º.a y b del Estatuto). El principio de complementariedad tiene un efecto evidente: supone una restricción relativamente leve de la soberanía de los Estados parte, por cuanto que cada Estado es libre de desactivar la competencia de la CPI si él mismo asume la persecución penal de forma eficaz (...). Por consiguiente, América Latina y, en

particular, Sudamérica, es, junto a Europa, la región del mundo donde se registra un mayor grado de aceptación de la CPI, en consonancia con la posición general de estos países, tendente a asegurar una persecución penal efectiva de los crímenes contra el derecho internacional” (GRAMMER, 2005: 43/44 y 47).

“El hecho de que cada país prefiere que sus nacionales sean juzgados por sus propios tribunales puede incentivar a los gobiernos a respetar su independencia y el ejercicio del debido proceso con el conocimiento de que en el caso contrario el acusado puede terminar por ser juzgado por la Corte Penal Internacional. Desde la perspectiva de la impunidad, el gran avance del Estatuto de Roma no será la sanción de violaciones graves de los derechos humanos por parte de la Corte, la que tendrá capacidad de tratar solamente una fracción de los delitos cometidos; el gran avance será que los tribunales nacionales se ven obligados a ejercer la justicia y sancionar estos graves delitos” (SANCHO, 2001: 1).

Otra dato para recordar es que la intervención de la CPI puede responder a la iniciativa del Fiscal de la Corte (llamadas actuaciones “proprio motu”), a instancia del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o de los Estados Parte, y podrá entender sólo en los delitos cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto [01/07/2002], y cualquier Estado que firme con posterioridad se encontrará obligado ante la Corte a partir de la fecha de la entrada en vigor en su territorio, salvo que formule una declaración aceptando la competencia desde el 01/07/2002 (arts. 11 inc. 1º.2, y 12 inc. 3 del Estatuto).

Repasemos también que el Estatuto señala que los crímenes de competencia de la Corte no prescriben y que ésta sólo puede imponer penas máximas de 30 años de prisión y cadena perpetua sólo si la extrema gravedad del caso lo justifica.

Cuenta en su estructura con jueces, una secretaría —que se ocupa de la gestión administrativa—, una Fiscalía, una Defensoría y Unidades de Víctimas y de Testigos.

En cambio, no posee policía u órganos que velen por la ejecución de sus resoluciones, por ello estas labores están encargadas a los Estados parte bajo la forma de relaciones de cooperación.

Posee un centro de detención “Haaglanden Prison”, prisión de máxima seguridad de Scheveningen, en La Haya. Establecimiento al que son trasladadas las personas que han sido detenidas en virtud de un mandato de detención emitido por la CPI y son conducidas a territorio holandés para comparecer ante la Corte sujetas a prisión preventiva. El dictado de sentencia condenatoria conlleva el traslado del reo al Estado donde se va a ejecutar la pena.

De acuerdo a la información suministrada por la propia CPI, el programa diario del centro de detención permite el acceso de los reclusos a actividades deportivas, libros, periódicos, televisión, computadoras para trabajar en sus propios casos, instalaciones para encuentros familiares, asistencia médica, espiritual y diplomática, se les permite cocinar y comprar artículos adicionales que figuran en una lista de compras del centro de detención para ajustar las comidas a los gustos y necesidades culturales. En virtud del acuerdo entre la CPI y el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) —del 29/03/2006— éste tiene ingreso irrestricto al centro de detención, y sus delegados efectúan visitas sin previo aviso para examinar el tratamiento de los detenidos.

III. La ejecución de la pena en el Estatuto de Roma y el estado de los casos ante la Corte Penal Internacional

En razón de que la CPI no cuenta con unidades carcelarias para la ejecución de las condenas, el Estatuto dispone que:

“1.a) La pena privativa de libertad se cumplirá en un Estado designado por la Corte sobre la base de una lista de Estados que hayan manifestado a la Corte que están dispuestos a recibir condenados; b) En el momento de declarar que está dispuesto a recibir condenados, el Estado podrá poner condiciones a reserva de que sean aceptadas por la Corte y estén en conformidad con la presente parte; c) El Estado designado en un caso determinado indicará sin demora a la Corte si acepta la

designación. 2.a) El Estado de ejecución de la pena notificará a la Corte cualesquiera circunstancias, incluido el cumplimiento de las condiciones aceptadas con arreglo al párr. 1, que pudieren afectar materialmente a las condiciones o la duración de la privación de libertad. Las circunstancias conocidas o previsibles deberán ponerse en conocimiento de la Corte con una antelación mínima de 45 días. Durante este período, el Estado de ejecución no adoptará medida alguna que redunde en perjuicio de lo dispuesto en el art. 110; b) La Corte, si no puede aceptar las circunstancias a que se hace referencia en el apartado a), lo notificará al Estado de ejecución y procederá de conformidad con el párr. 1º del art. 104. 3. La Corte, al ejercer su facultad discrecional de efectuar la designación prevista en el párr. 1, tendrá en cuenta: a) El principio de que los Estados Partes deben compartir la responsabilidad por la ejecución de las penas privativas de libertad de conformidad con los principios de distribución equitativa que establezcan las Reglas de Procedimiento y Prueba; b) La aplicación de normas de tratados internacionales generalmente aceptadas sobre el tratamiento de los reclusos; c) La opinión del condenado; d) La nacionalidad del condenado; y e) Otros factores relativos a las circunstancias del crimen o del condenado, o a la ejecución eficaz de la pena, según procedan en la designación del Estado de ejecución...” (Art. 103).

Y en virtud del art. 200 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) la CPI habrá de concertar con los Estados parte para rodearse de sedes de ejecución.

Expuesto lo anterior, y sabiendo que la CPI necesita de la cooperación de los Estados para cubrir el área de ejecución penal, debemos repasar su labor práctica para conocer si algún caso se encuentra en la etapa de cumplimiento de sentencia.

Así las cosas, cabe poner de resalto que sólo ha pronunciado dos sentencias de condena, y que los condenados, por no encontrarse firmes los decisorios, continúan alojados en el centro de detención de la CPI.

La primera condena la dictó el 10/0772012 en el caso “Thomas Lubanga Dyilo” imponiéndole al acusado la pena de 14 años de prisión —pese al pedido del fiscal de 30 años—, por alistar y reclutar niños menores de 15 años y utilizarlos para participar en los enfrentamientos en la región de Ituri del Congo. La sentencia fue recurrida por el fiscal y el recurso se sustanciará en una audiencia fijada para el 14 de abril del corriente.

El otro caso fallado por la Corte fue “Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui” en el que por un lado y respecto del acusado Mathieu Ngudjolo Chui, dictó el 18/12/2012 su absolución y liberación por evidencia insuficiente (veredicto apelado por la fiscalía) y por el otro y en relación a Germain Katanga, el 7 de marzo del corriente declaró su culpabilidad (encontrándose a la fecha en curso el plazo de 30 días para apelar el fallo y aún pendiente la cuantificación de la pena y las reparaciones a las víctimas).

Según el cronograma de juicios publicado en la página oficial de la CPI el 31 de marzo del corriente se reanudará el juicio en el caso “William Ruto y Joshua Sang” (Kenia), el 4 de mayo tendrá lugar el debate en el caso “Abdallah Banda Abakaer Nourainsu (Sudan) y el 7 de octubre el del caso “Muigai Kenyata” (Kenia).

Como se vio, la CPI no posee ejecuciones en trámite, pero puede afirmarse que resulta inminente que los casos detallados ingresen en la etapa de cumplimiento de sentencia.

A los que habrán de sumarse, otros que se encuentran en trámite: Uganda [1 caso]: “C Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo y Dominic Ongwen”, Congo [3 casos]: “Bosco Ntaganda”, “Callixte Mbarushimana” y “Sylvestre Mudacumura”, Sudan [5 casos]: “Ahmad Muhammad Harun “ y Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (Ali Kushayb)”, “Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, “Bahar Idriss Abu Garda”, “Abdallah Banda Abakaer Nourain” y “Abdel Raheem Muhammad Hussein”, República Centro Africana [2 casos]: “Jean-Pierre Bemba Gombo” y “Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido”, Libia [1 caso y una investigación]: “Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi” y “Muammar Mohammed Abu Minyar

Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi”, Costa de Marfil [1 caso]: “Laurent Gbagbo” y Malí: una investigación por los crímenes cometidos en enero de 2012.

También cursan en la Corte varias “examinaciones preliminares” respecto de los territorios de Colombia, Afganistán, Georgia, Guinea, Honduras, Corea y Nigeria. Información publicada en el sitio oficial de la CPI en las áreas de casos y situaciones.

IV. Acuerdos bilaterales de recepción de condenados

Como ya vimos, hay un volumen importante de casos en movimiento ante la CPI que, de un momento a otro, transitarán la fase de cumplimiento de la pena, de allí que debamos conocer si los Estados parte han ofrecido su suelo para ser anfitriones de ejecución.

El informe anual sobre cooperación emanado del duodécimo período de sesiones de la Asamblea de los Estados Parte [20 - 28/11/2013] revela la importancia que poseen los acuerdos de recepción de condenados y la escasa respuesta que han dado los países, ya que de los 122 Estados parte sólo 8 se han convertido en “Estados de ejecución”: Austria, Reino Unido, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Serbia, Malí y Colombia. La transcripción de los pasajes pertinentes del informe, si bien es extensa, refleja a la perfección la necesidad de cooperación en el área de ejecución y el llamado casi desesperado de la CPI a los Estados para que ofrezcan sus unidades carcelarias:

33. Los Estados Partes deben compartir la responsabilidad de ejecución de las penas:

De conformidad con el art. 103 del Estatuto, la Corte depende de la cooperación de los Estados para la ejecución de las penas privativas de libertad impuestas por la Corte.

34. Desde el establecimiento de la Corte, la Presidencia —en su calidad de órgano encargado de las cuestiones de aplicación— ha procurado activamente la celebración de acuerdos marco con los Estados Partes sobre la ejecución de las penas. El objetivo de los acuerdos es proporcionar un marco claro y una comprensión común de las cuestiones de procedimiento y de fondo mediante la consolidación de todas las disposiciones pertinentes que están dispersas en el Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba. Se abordan los problemas que podrían surgir en caso de una futura ejecución de las penas en los centros penitenciarios del Estado Parte de que se trate. Cabe señalar que los acuerdos no hacen nacer para el Estado Parte la obligación de aceptar la ejecución de una pena que se imponga en el futuro; en otras palabras, el Estado Parte que celebre un acuerdo marco con la Corte se reserva el derecho de rechazar la ejecución de una pena determinada impuesta por la Corte.

35. En septiembre de 2013, ocho Estados Partes habían suscrito acuerdos relativos a la ejecución de las penas con la Corte. Cinco de estos Estados son Estados de Europa Occidental y otros Estados (Austria, Reino Unido, Bélgica, Dinamarca y Finlandia), uno es un Estado de Europa Oriental (Serbia), uno es un Estado de África (Malí) y el otro es un Estado de América Latina y el Caribe (Colombia; el acuerdo aún no está en vigor).

36. A todas luces el número de acuerdos sobre la ejecución de las penas es insuficiente. La Corte comenzará en breve a enfrentar situaciones concretas en las que tendrá que encontrar un Estado de ejecución que esté dispuesto a aceptar a personas condenadas por sentencia firme de la Corte, y la experiencia de otros tribunales internacionales muestra que para cada sentencia concreta debería haber un gran número de posibles países de ejecución, lo que permitiría que la Corte pudiera determinar un Estado de ejecución apropiado que estuviera dispuesto a aceptar al condenado. A ese respecto, el Estatuto dispone que la Corte debe tener en cuenta la opinión y la nacionalidad del condenado y otros factores relativos a las circunstancias del crimen o del condenado.

37. Es motivo de especial preocupación que un número muy limitado de Estados Partes fuera de Europa Occidental hayan expresado su disposición a aceptar condenados en sus establecimientos penitenciarios, lo que dejaría a la Presidencia con muy pocas opciones en cuanto a consideraciones geográficas, por ejemplo, en relación con los lazos culturales o familiares del condenado. El Estatuto de Roma hace una referencia explícita al “principio de que los Estados Partes deben compartir la res-

ponsabilidad por la ejecución de las penas privativas de libertad de conformidad con los principios de distribución equitativa” En ese mismo contexto, pues, la Corte insta a que un mayor número de Estados Partes, en particular de los grupos regionales distintos de los Estados Partes de Europa Occidental y otros Estados, se unan a los ocho Estados que han concertado acuerdos sobre la ejecución de penas.

38. Si bien un gran número de Estados, en comunicaciones con la Presidencia, han expresado su disposición, en principio, a considerar la aceptación de condenados, la práctica ha demostrado que hay un largo camino por recorrer entre esas declaraciones y la conclusión concreta de un acuerdo sobre la ejecución de penas. En consecuencia, la Corte invita a todos los Estados Partes a que adopten providencias activas y concretas con miras a la celebración de acuerdos de ejecución de penas. Además, en el espíritu de la resolución sobre el fortalecimiento del cumplimiento de las penas, aprobada por la Conferencia de Revisión 18, la Corte insta a los Estados Partes a que promuevan la cooperación internacional, por ejemplo, el intercambio de experiencias y la prestación de asistencia técnica o de otro tipo, a fin de que un mayor número de Estados celebren acuerdos de ejecución de penas con la Corte. La Presidencia de la Corte está dispuesta a comunicar un acuerdo modelo a los Estados interesados y a examinar el camino a seguir”.

Ya en marzo del año 2010 “Amnistía Internacional” había instado a los Estados parte a que firmen acuerdos para recibir condenados, tal como surge de la publicación que puede consultarse en la dirección web detallada en el acápite VII.

“*Objetivo 5: Todos los Estados Partes deben establecer con la Corte acuerdos sobre el cumplimiento de condenas.* La parte 10 del Estatuto de Roma establece que los condenados cumplirán sus condenas en los centros penitenciarios de los Estados que estén dispuestos a aceptarlos. Esos centros deben cumplir las normas internacionales. A Amnistía Internacional le preocupa el hecho de que, hasta el momento, sólo dos Estados (ambos Estados Partes europeos) se han comprometido a aceptar a condenados, y lo han hecho estableciendo con la Corte un acuerdo sobre el cumplimiento de condenas. Ahora que se celebran los primeros juicios, es importante que todos los Estados Partes cuyas condiciones penitenciarias cumplan las normas internacionales establezcan un acuerdo para proporcionar a la Corte una serie lugares de reclusión en todas las regiones, y que los demás Estados Partes conformen sus prisiones a dichas normas internacionales para poder establecer también un acuerdo de este tipo.

La firma y ratificación de un pacto, en este caso el Estatuto de Roma, viene acompañada de relaciones de cooperación que se hacen necesarias para el mantenimiento de los objetivos del acuerdo, sumado ello a la clara exhortación de la CPI a los países no occidentales a que cooperen en la etapa de ejecución penal, se hace nítida la necesidad de analizar los puntos medulares que Argentina debería escrutar a la hora de firmar un acuerdo de recepción de condenados.

V. La Argentina y las formas de cooperación con la CPI

La República Argentina, sobre la base de las relaciones de cooperación, incorporó los crímenes internacionales a la legislación interna, asegurando de este modo el respeto del principio de legalidad.

Kai Ambos repara en la importancia de la tipificación diciendo:

Puesto que el derecho penal internacional es, al mismo tiempo, parte del derecho público internacional, puede originarse, básicamente, a través de la celebración de convenciones multilaterales por los Estados interesados (cf. art. 38.1º.a, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) o a través de la formación de derecho consuetudinario o principios generales del derecho (cf. art. 38.1º.b y c, ECII). 4. En lo que respecta en particular a las fuentes del derecho penal internacional, la fundamentación en el derecho consuetudinario de normas de derecho penal internacional plantea especiales dificultades, en un doble sentido. Desde la óptica del derecho penal el principio del *nullum crimen* parece excluir la existencia de tipos penales no escritos fundados en la costumbre internacional. 5. Sin embargo, conforme a los arts. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2º de la Declaración

Universal de Derechos Humanos y 7º.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, una conducta puede ser sancionada si ella era punible “según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional” (...). Esto implica una “desformalización” o bien la carga normativa del principio *nullum crimen*. Desde luego, ella ha perdido importancia con la codificación de los crímenes nucleares de derecho penal internacional en los arts. 5º a 8º y con la aprobación adicional de los llamados elementos de los crímenes (*elements of crimes*) en virtud del art. 9º” (KAI AMBOS, 2005:14).

Enseña Laborías que:

“La primera y más importante obligación de los Estados se vincula con la prevención y sanción del genocidio, de los delitos de lesa humanidad y de los crímenes de guerra. Así se desprende claramente del Preámbulo del Estatuto cuando expresa: “...los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia (...) es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales. Partiendo de estos principios, los Estados deben tipificar en su ordenamiento jurídico los delitos descriptos, o adecuar los tipos ya existentes, de conformidad con las obligaciones internacionales que asumen” (LABORÍAS, 2010:50).

Nuestro país, luego de ratificar el Estatuto de Roma (suscripto el 17/07/1998, aprobado por la Ley 25.390 y ratificado el 16/01/2001), promulgó la ley de implementación 26.200 —B.O. del 09/01/2007— que determina, entre otras cosas, la competencia de los Tribunales Federales para entender en todos los delitos previstos en el Estatuto (art. 5º), establece la escala de las penas para las figuras penales del Estatuto: para el genocidio de 5 a 25 años de prisión, para los crímenes de lesa humanidad y de guerra de 3 a 25 años de prisión, y si de los hechos realizados se deriva la muerte de una o más personas autoriza la pena de prisión perpetua (arts. 8º, 9º y 10). En el art. 40 señala, ni más ni menos, que el Estado argentino cumplirá “con las solicitudes de cooperación formuladas por la Corte”.

El capítulo octavo, titulado “Ejecución de penas”, se inicia abordando el tema de la recepción de condenados, señalando que si el Poder Ejecutivo decide integrar la lista de Estados dispuestos a recibir condenados, manifestará a la CPI bajo qué condiciones lo hará, conforme lo estipula el art. 103.1º del Estatuto de Roma (art. 47), y mediante el art. 48 dispone que será el Servicio Penitenciario Federal el órgano que tendrá a su cargo “la ejecución de la sentencia conforme las reglas del Estatuto de Roma y las normas establecidas en el Código Procesal Penal de la Nación”.

De lo dicho se desprende, que si bien la Argentina ha participado activamente en lo que puede llamarse cooperación legislativa, no registra actividad de cooperación judicial en lo que a la etapa de ejecución atañe.

Resultaría positivo que nuestra Nación, a la hora de saldar la deuda de cooperación mencionada, coloque sobre la mesa de diálogo, el conjunto de datos que devienen necesarios para formular las condiciones del acuerdo que reclama la letra del art. 103 del Estatuto, el art. 200 de las RPP y la propia CPI.

Recalcando que las pintorescas palabras usadas en doctrina que indican que la ejecución penal en estudio se guiará por las normas generalmente de los instrumentos internacionales sobre el tratamiento de los reclusos: “Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos” (aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C XXIV del 31/07/1957 y 2067 LXII del 13/05/1977—), “El Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión” (adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173 del 09/12/1988) y los “Principios básicos para el tratamiento de los reclusos” (adoptados por la Asamblea General en su resolución 45/111 del 14/12), palabras que se repiten en el texto del 106 del Estatuto, en cuanto señala que la ejecución de la pena se regirá por la legislación del Estado de ejecución y se ajustará a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos que no serán ni más ni menos favorables que las aplicadas a los reclusos condenados por delitos similares en el Estado de ejecución; por no ser representativas de los complejos problemas

por los que atraviesa la realidad práctica no ofrecen un panorama concreto de las dificultades que deben abordarse.

En tal inteligencia y debido a la importancia que asume el ofrecimiento de un Estado para ser territorio de ejecución y la mencionada abstracción del marco legal, deberán analizarse en forma conjunta las normas y precedentes jurisprudenciales nacionales e internacionales y la faz práctica del encarcelamiento, para evaluar la medida del ofrecimiento, sus límites, sus puntos rígidos, los flexibles, posicionando en un lugar protagónico a los intereses del recluso.

Ello con el anhelo de que las palabras del Estatuto de Roma, no cobijen la constitución de depósitos de personas, como si estas fuesen material disponible para ser eliminado de un sitio y llevado a otro, desprovistas de toda protección jurídica.

VI. Relevamiento de factores para futuros acuerdos. Ejes temáticos

En miras de dotar de orden y sistematicidad a este acápite, apuntaré, mediante el trayecto a lo largo de 4 ejes centrales, las cuestiones que por su entidad deben ser tenidas en cuenta a la hora de montar un acuerdo de recepción (art. 200 inc. 5 de las Reglas de Procedimiento y Prueba), evitando así que condiciones pactadas sin un análisis profundo deban ser posteriormente modificadas bajo la forma de condiciones de reserva (art. 103.1b. del Estatuto y punto 3 del art. 200 RPP).

Los ejes son: Eje 1) Posibilidad del condenado de relacionarse. Lazos familiares y sociales. Beneficios de la progresividad el régimen carcelario. Eje 2) Situaciones especiales. Enfermedades. Hijos Menores. Informes ambientales internacionales. Eje 3) Posibilidad de verificación, control externo e intermediación. Eje 4) Realidad Carcelaria.

Eje 1) Posibilidad del condenado de relacionarse. Lazos familiares y sociales. Beneficios de la progresividad el régimen carcelario

Se hace menester iniciar el recorrido de este primer eje, señalando que en nuestro derecho local varias son las normas que conforman el dispositivo de protección dirigido a quien se encuentra privado de la libertad.

La letra del art. 18 de la CN exige una cárcel limpia, sana, para seguridad y no para castigo, y “excluye toda medida que bajo el pretexto de precaución conduzca a mortificar al reo más allá de lo que aquella exija”, los arts. 7º del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y 5º apart. 2º del “Pacto de San José de Costa Rica” prohíben las torturas, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y enarbolan el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano”, el art. 10 fracción 3º del primer pacto y el art. 5º fracción 6º del restante colocan en la mira del tratamiento carcelario a la reforma y a la readaptación social de los penados; a su turno el art. 1º de la ley ejecución nacional 24.660 señala que “La ejecución de la pena privativa de libertad, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad”.

A tal finalidad responde la prometedor letra de dicha ley, ya que sus disposiciones auspician: a) la diferenciación del lugar de encierro (art. 179), b) la introducción del legajo personal (art. 28), c) la especialización de la labor penitenciaria (art. 200/205), d) el trabajo común obligatorio (art. 106, 107, 119 y 120), e) la verificación y el control externo (Capítulo 17 y art. 5º inc. I. de la Ley Orgánica del Ministerio Público 24.946, f) el apoyo hasta la readaptación total (arts. 174 y 175), g) el camino progresivo hacia la libertad (art. 6º y art. 1º del dec. 396/1999 y 7/1989, h) beneficios de corte progresivo: obtención de salidas transitorias para afianzar y mejorar los lazos familiares y sociales, para cursar estudios de educación general básica, polimodal, superior, profesional y académica de grado y para participar en programas específicos de prelibertad (arts. 16 y 17 y 28/30 del dec. 396/1999) otorgadas según el grado de confianza con acompañamiento de empleado no uniformado, con tuición de familiar o persona responsable o bajo palabra de honor, e incorporación al régimen de semilibertad —trabajo fuera del establecimiento con regreso al final de la jornada laboral— (arts. 23/26 y 31/34 del

dec. 396/1999), libertad condicional (art. 28, 13/17 del Cód. Penal y arts. 40/48 del dec. 396/1999) y libertad asistida (art. 54/55 y 52 del Cód. Penal).

Varios son los beneficios que se colocan al alcance de quien purga una pena privativa de la libertad, y ello se funda en el hecho incontestable de que en una cárcel sin beneficio alguno la población carcelaria resultaría apática a tener buena conducta porque nada hay del otro lado que la incentive, sólo días de encierro ininterrumpidos.

De allí que teniendo a la vista el amplio plexo legal de protección y goce de derechos que poseen los presos por “delitos comunes”, debe analizarse el formato adecuado que debería adquirir la ejecución internacional del Estatuto de Roma cuyo destinatario será, como bien sabemos, un condenado extranjero.

A mayor abundamiento, he de señalar que la situación de los extranjeros que sean condenados por crímenes de incumbencia internacional —al que llamaré grupo 1—, difiere sustancialmente de la de los extranjeros condenados en nuestro país por delitos comunes —grupo 2—.

El segundo grupo está conformado, por un lado: por extranjeros que poseen en nuestro territorio el asiento de su familia y luego del cumplimiento de la pena tienden a regularizar su situación migratoria y a radicarse en nuestro país (llevan adelante una ejecución idéntica a la de los nacionales), y por el otro: por extranjeros que optan por el extrañamiento contemplado en la Ley de Migraciones Ley 25.871 (art. 64 inc. a). Norma que permite que un extranjero irregular, cualquiera que sea la pena privativa de la libertad impuesta y antes de su agotamiento, regrese en libertad a su país de origen, previa verificación de los recaudos del art. 17 I) y II) de la ley 24.660, esto es si se trata de una pena temporal debe haber cumplido la mitad de la condena, en el caso de las penas perpetuas 15 años y no poseer causa abierta donde interese su detención u otra condena pendiente.

Ejemplifica acabadamente el tema el resolutorio del TO N° 1 de La Plata en la causa “Nuñez F. s/ Extrañamiento” N° 3474/III/13 (rta. el 28/03/2014) dando acogida a la petición del condenado (penado a 4 años y 6 meses de prisión en orden al delito de almacenamiento de estupefacientes) que en su calidad de extranjero, requirió su extrañamiento y expulsión del país:

“vemos que a la luz de las disposiciones del art. 64 de la ley 25871, los actos administrativos de expulsión firmes y consentidos dictados respecto de extranjeros que se encuentran en situación irregular, se ejecutaran en forma inmediata cuando se trate de: a) Extranjeros que se encontraren cumpliendo penas privativas de libertad, cuando se hubieran cumplido los supuestos establecidos en los acápite I y II del art. 17 de la ley 24.660. (...) Conforme las constancias de autos se ha determinado que Francisco Javier Nuñez, nació el 27 de abril de 1985 en la ciudad de Palmira Valle del Cauca, República de Colombia, es hija de Milena Nuñez, ha cumplido en detención más de la mitad de la condena impuesta y a su respecto no existen causas abiertas en nuestro país ni órdenes de capturas nacionales y/o internacionales, ello conforme lo expresan los informes de Interpol de Argentina y Colombia.(...) asimismo, debemos contemplar que la Dirección de Migraciones, ha dictado el acto administrativo por el cual declaró la irregularidad de la permanencia de Nuñez en el territorio Argentino, ordenándose su expulsión”.

No hace falta trabajar en la etapa de ejecución o ser un estudioso del tema, para advertir que respecto de los extranjeros del grupo 1, muchos de los beneficios contemplados en la ley 24.660 y en sus decretos reglamentarios, se habrán de tornar ilusorios, porque su efectivo goce resulta materialmente imposible o al menos altamente complicado.

No podemos olvidar que este particular recluso, alejado de su país de residencia y del círculo primario de sus afectos, con un desarraigo muy marcado, registrará una significativa merma en el goce de los derechos que posee la población carcelaria en condiciones ordinarias de ejecución.

Se levantar frente a él un gran número de negativas sistemáticas: No al art. 16 II a) —salidas transitorias para afianzar lazos familiares—, No al art. 158 —comunicación personal periódica personal

con familia, allegados y amigos, No al art. 166 —permisos de salida por enfermedad, accidente grave o fallecimiento de un familiar, No al art. 167 —visitas conyugales—, No al art. 221 —transferencia internacional de la ejecución—, No al art. 30 del dec. 1136/1997 —visitas ordinarias, extraordinarias, de consolidación familiar, excepcionales, entre internos—, No al art. 44 del dec. 1136/1997 —traslado del interno al establecimiento más cercano al domicilio real de sus familiares—, No al art. 51 dec. 1136 —visitas de consolidación familiar—, No al art. 64 de la ley de migraciones —expulsión y extinción de pena—, etc.

El compromiso de los Estados debe apuntar a la búsqueda de alguna salida que tienda a compensar o contrarrestar en alguna medida tales privaciones; ya que no aportan una respuesta ni remotamente satisfactoria los arts. 159 y 164 de la ley 24.660, 101 del dec. 1136/1997 y 38/39 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos que auspician el contacto con representaciones diplomáticas y organismos internacionales.

Dos son, a mi modo de ver, las salidas paliativas para las contingencias enumeradas.

La primera, constituida por la puesta a disposición del reo de actividades educativas, deportivas, laborales —ya sea provistas por el propio servicio penitenciario o por organizaciones extra muros—, y por el otro una apuesta de mayor complejidad, basada en la posibilidad de egresos, bajo estricto monitoreo, para desarrollar actividades de corte social.

Las *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos indican lo siguiente (art. 80)*:

“Deberá alentarse al recluso para que mantenga o establezca relaciones con personas u organismos externos que puedan favorecer los intereses de su familia así como su propia readaptación social” y 61 “En el tratamiento no se deberá recalcar el hecho de la exclusión de los reclusos de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella. Con ese fin debe recurrirse, en lo posible, a la cooperación de organismos de la comunidad que ayuden al personal del establecimiento en su tarea de rehabilitación social de los reclusos. Cada establecimiento penitenciario deberá contar con la colaboración de trabajadores sociales encargados de mantener y mejorar las relaciones del recluso con su familia y con los organismos sociales que puedan serle útiles...”

Los arts. 168 de la ley 24.660 y 5º del dec. 1136/1997, en la misma sintonía, dicen que “...se lo alentará para que continúe o establezca vínculos útiles con personas u organismos oficiales o privados con personería jurídica, que puedan favorecer sus posibilidades de reinserción social”

No menos importante deviene la letra del art. 108 del dec. 1136/1997 al poner al alcance del interno las llamadas visitas de asistencia social:

“El interno individualmente podrá recibir la visita de personas, de miembros de organismos oficiales o privados que posean personería jurídica con el objeto específico de favorecer sus posibilidades de reinserción social, contribuir al amparo de su familia o atender a las necesidades morales y materiales especialmente cuando carezca de familiares o éstos se encontraren imposibilitados de visitarlo. Su acción, en todos los casos, será coordinada por el servicio social del Establecimiento”

Reportan utilidad también los arts. 106 y 107 cuando rezan:

“La Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal promoverá la participación de cooperadores voluntarios para desarrollar, de acuerdo al tipo de establecimiento y a la categoría de internos alojados, actividades recreativas y culturales, utilizando todos los medios compatibles con el régimen del establecimiento. El programa recreativo comprenderá prácticas deportivas, preferentemente de equipo” y “A los efectos del artículo anterior y ad referendum de la Secretaría de Política Penitenciaria y de Readaptación Social, el Director Nacional del Servicio Penitenciario Federal podrá celebrar convenios con universidades, institutos de enseñanza de nivel terciario o instituciones científicas, culturales o deportivas, con personería jurídica”

Sobre la temática se ajustan las palabras del art 70 de las RPP: “En cada establecimiento se instituirá un sistema de privilegios adaptado a los diferentes grupos de reclusos y a los diferentes métodos de

tratamiento, a fin de alentar la buena conducta, desarrollar el sentido de responsabilidad y promover el interés y la cooperación de los reclusos en lo que atañe su tratamiento”.

Se hace vital, como modo de aproximar una respuesta al problema de la socialización y resocialización de los extranjeros de este grupo, que se programen y ejecuten actividades de corte educativo, artístico deportivo y cultural intramuros. Actividades, que en gran medida son planificadas y ejecutadas por organizaciones que tratan de aportar una cuota de solidaridad y humanidad al encierro. (1)

Para analizar el segundo supuesto de salida paliativa, hay que partir de la base de que el Estatuto de Roma coloca toda posibilidad liberatoria por reducción de pena en cabeza de la CPI. El art. 110 estipula que el Estado de ejecución no pondrá en libertad al recluso antes de que haya cumplido la pena impuesta (inc. 1º) y que la CPI será la única que podrá decidir la reducción de la sanción (inc. 2º), cuando se encuentren cumplidos los dos tercios de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua y se haya escuchado al recluso; examen que según el propio texto “no se llevará a cabo antes de cumplidos esos plazos” (inc. 3º).

Pasando en limpio tal mandato, según el art. 110 el reo internacional debería aguardar intramuros un plazo no menor a los dos tercios de la sanción o de 25 años según el caso, para gozar del beneficio de la reducción de la pena; sin que el Estatuto ponga a su disposición ningún otro beneficio liberatorio previo a esos tiempos.

A mi modo de ver y teniendo en cuenta que la normativa nacional otorga: 1) a la mitad de la condena o 15 años de cumplimiento en las penas perpetuas —más otros recaudos no temporales— salidas transitorias o incorporación al régimen de semilibertad —trabajo fuera del establecimiento con regreso al final de la jornada labor— (art. 17 ley 24.660), 2) a los dos tercios de la sanción en las penas divisibles y 35 años en las perpetuas —junto a otros requisitos— la libertad condicional —art. 13 del Cód. Penal— (véase que los delitos en tratamiento aún no se han incorporado a las restricciones del art. 14 del Cód. Penal) y 3) 6 meses antes del agotamiento de la pena la libertad asistida (art. 54 de la ley 24.660), nuestro Estado a la hora de pactar las condiciones del acuerdo debería manifestar en la mesa de diálogo que cuando el condenado transite por alguna fase de la progresividad del régimen carcelario que le repare alguno de los mentados beneficios, comunicará esa circunstancia a la CPI para que en su calidad de supervisora de la ejecución evalúe la conveniencia de su concesión.

Como ejemplo, podemos pensar un caso en que el Estado Argentino informe a la CPI que el reo se encuentra en condiciones de gozar el beneficio de las salidas transitorias, en las que pretende concurrir a realizar alguna actividad de tipo cultural o educativa a una institución (ya que los vínculos familiares no le resultarán próximos) y que la medida de seguridad que se propone es el acompañamiento personalizado por personal capacitado no uniformado.

Términos similares pueden leerse en el acuerdo firmado por Colombia del 7 de mayo de 2011 y vigente por ratificación —ley 1662 de 2013—, publicado en la página del senado de dicho país y que se detalla en el apéndice pertinente.

El que si bien, por un lado, fija condiciones obvias, tales como que garantizará la seguridad y protección de las personas condenadas, que no podrá modificar las penas impuestas, que sólo pondrá fin a la ejecución de la pena tan pronto como sea informada por la Corte de cualquier decisión que adopte (art. 1º), que la CPI como encargada de la supervisión puede pedir informes y pericias, visitar al condenado en audiencia privada y realizar inspecciones por medio del Comité Internacional de la Cruz Roja (art. 4º.1), por el otro en el art. 4º apart. 2º) agenda cuestiones de riquísimo valor:

“4) Cuando la persona condenada reúna las condiciones necesarias para un programa o beneficia carcelario existente con arreglo al derecho interno de Colombia que entrañe actividades fuera del

(1) Un conocido ejemplo es la actividad desarrollada por el “Grupo de teatro Amplio Salvatablas” que convoca en forma amplia bajo el lema “presos del teatro” a los detenidos que se encuentran gozando salidas transitorias a realizar actividades artísticas. Actividad que también podría desarrollarse intramuros.

establecimiento penitenciario, Colombia comunicara ese hecho a la Presidencia, junto con la información o las observaciones pertinentes, para permitir que la Corte ejerza su función de supervisión”.

Eje 2) Situaciones especiales: Enfermedades. Hijos Menores. Informes de conocimiento de la situación

El art. 10 del Código penal faculta al juez a disponer la prisión domiciliaria en los siguientes casos:

“El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) El interno mayor de setenta [70] años; e) La mujer embarazada; f) La madre de un niño menor de cinco [5] años o de una persona con discapacidad a su cargo”.

De acuerdo con el art. 33 de la ley 24.660 la pertinencia del beneficio habrá de evaluarse mediante informes médicos, psicológicos y sociales. Teniendo en cuenta dicha norma, y conociendo la evolución jurisprudencial que gestó el cambio, no deberíamos dar marcha atrás en lo que hace a las soluciones que otorga el ordenamiento jurídico para los casos de enfermedad del condenado y para los supuestos de verificación de situaciones singulares dentro de su contexto familiar —protección de los derechos de los niños y niñas—.

Sobre el punto, el terreno caminado demuestra la importancia de contar con material de consulta que permita recrear determinadas situaciones de la vida del privado de su libertad, que pueden demostrar hipótesis de vulnerabilidad en diferentes grados.

Así, resulta conveniente que si el Estado argentino se postula para integrar la lista de receptores, requiera que el organismo que la CPI determine, recabe a modo de un informe ambiental internacional, los datos relativos al estado de salud del interno y de la conformación de su grupo familiar, solicitando un trabajo completo que permita conocer en caso de enfermedad del reo: diagnóstico y pronóstico, factores con incidencia negativa, remedios necesarios, prácticas médicas de rutina, posibilidad de valerse por sus propios medios, necesidad de asistencia transitoria o permanente, proclividad a infecciones, incidencia del desarraigo familiar sobre su sistema inmunológico.

En el supuesto de poseer hijos a cargo, resulta indispensable conocer sus edades, dolencias físicas o psíquicas, existencia de incapacidades y su grado, familiares que puedan darles acogida manteniendo la unión o el contacto asiduo en caso de varios hermanos, cobertura de escolaridad, presencia de situaciones de abandono, etc.

En un camino similar, el acuerdo firmado por Colombia, establece en el art. 2º que cuando la Corte le notifique de alguna designación, le deberá transmitir la información y los documentos que se detallan a continuación:

“a) el nombre, la nacionalidad, la fecha y el lugar de nacimiento de la persona condenada, b) una copia de la sentencia condenatoria definitiva y de la pena impuesta, c) la duración y la fecha de iniciación de la pena y el tiempo que resta por cumplir, d) luego de haber escuchado la opinión de la persona condenada, toda la información necesaria acerca del estado de su salud, incluso acerca del tratamiento médico que esté recibiendo. A fin de mantener actualizados los antecedentes biográficos de la persona condenada, la Corte enviara a Colombia su historia clínica y la demás información necesaria para asegurar la efectiva ejecución de la pena y garantizar los derechos de la persona condenada...”

Eje 3) Posibilidad de verificación, control externo e intermediación

No resulta acorde a una buena administración de justicia, que se refleje ante los ojos del “condenado internacional” un sistema judicial tan lejano que lo haga sentir aislado y sin cobertura jurídica. La ley 24.660 posee dos artículos, cuyos beneficios deberían quedar expeditos, en igualdad de condiciones, para todos los internos de un penal (arts. 3º y 67).

“La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial. El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley” (art. 3º) y “El interno podrá presentar peticiones y quejas al director del establecimiento y dirigirse sin censura a otra autoridad administrativa superior, al juez de ejecución o al juez competente. La resolución que se adopte deberá ser fundada, emitida en tiempo razonable y notificada al interno” (Art. 67).

En tal dirección creo conveniente que el Estado Argentino debe bregar por la posibilidad de constituir a los jueces de ejecución federales, a los fiscales y a los defensores, en verdaderos intermediarios activos entre el condenado y la CPI. Se necesita un intermediario que acorte brechas, que canalice solicitudes y brinde soluciones sobre temas de escasa a mediana complejidad (calificaciones, sanciones, vías recursivas internas), dejando a salvo lo atinente a los requerimientos relacionados con los egresos y la reducción de la pena —tal como vimos en el eje 1—.

Debería pautarse también la obligación de concurrencia a la unidad carcelaria, al menos semestralmente, para tomar contacto con el interno, realizar un seguimiento personalizado de su ejecución y elevar un informe a la CPI.

Medidas tendientes a no debilitar en la “ejecución internacional” el rol activo que viene desarrollando el órgano judicial nacional —principio de judicialización— a la luz de los fallos “Romero Cacharane Hugo Alberto” (CSJN 09/03/2004), “Acceta, Juan Pablo s/ recurso de casación” (CNCP Sala III 04/02/2005), “Fernández, José Arnaldo s/ recurso de casación” (CNCP Sala III 08/03/2005) y “Romero, Apolinario Alejo s/ recurso de casación” (CNCP Sala IV 05/05/2005) y abarcando así la manda 36 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos.

“Todo recluso deberá tener en cada día laborable la oportunidad de presentar peticiones o quejas al director del establecimiento o al funcionario autorizado para representarle. 2) Las peticiones o quejas podrán ser presentadas al inspector de prisiones durante su inspección. El recluso podrá hablar con el inspector o con cualquier otro funcionario encargado de inspeccionar, sin que el director o cualquier otro recluso miembro del personal del establecimiento se hallen presentes. 3) Todo recluso estará autorizado para dirigir por la vía prescrita sin censura en cuanto al fondo, pero en debida forma, una petición o queja a la administración penitenciaria central, a la autoridad judicial o a cualquier otra autoridad competente. 4) A menos que una solicitud o queja sea evidentemente temeraria o desprovista de fundamento, la misma deberá ser examinada sin demora, dándose respuesta al recluso en su debido tiempo.”

Obviamente lo dicho hasta aquí, no debilita otro problema latente en todo momento, que es el atinente a la eventualidad de producción de desigualdades de ejecución hacia afuera, que puede darse en el caso de que una causa registre varios condenados y cada uno sea recibido en un Estado diferente y por ende se le apliquen diferentes pautas de ejecución. Problema del que deberá ocuparse la CPI para aunar criterios, a medida que gane experiencia en esta etapa y pueda establecer lineamientos mínimos de conducción como base inamovible de los acuerdos bilaterales de cooperación.

Eje 4) Realidad Carcelaria

Si bien en el eje 1 fueron enumeradas las bondades de la ley 24.660, la realidad carcelaria de nuestro país (2), la mayoría de las veces, nos muestra la otra cara del encierro delineada al compás de la falta de recursos, del hacinamiento y de situaciones de permanente violencia.

(2) Situación diametralmente diferente a las condiciones de alojamiento de las penitenciarías europeas del estilo de la de Austria. Ver video informe “Cárcel modelo” de CQC del 09/05/2012. Disponible en: www.youtube.com/watch?v=KjunhJpmN6c.

Para ofrecer alojamiento carcelario debería contarse con una situación diferente a la recreada en el Fallo “Verbitsky, Horacio s/ Hábeas Corpus” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [03/05/2005 V 856-XXXVIII] o en la sentencia de la Corte IDH en el caso “Mendoza y otros vs. Argentina” (del 14/05/2013).

Conforme al peso de este eje, debería ser evaluado por el Estado en forma primigenia, ya que los ejes 1 a 3 necesitan de una estructura sólida en la que asentarse.

VII. Palabras finales

A modo de reflexión digo brevemente que constituyendo la ejecución que propone el Estatuto de Roma, es un paraje con infinitos problemas, el Estado Argentino debe realizar el máximo esfuerzo para colaborar con la Corte Penal Internacional sin desarticular el bloque preexistente de garantías y derechos colocados al alcance de todo condenado.

VIII. Bibliografía

AMBOS, Kai. La construcción de una parte general del derecho penal internacional, 2005, En: Seminario internacional La implementación del Estatuto de Roma en el Derecho interno y otras cuestiones fundamentales de derecho penal internacional (2004 marzo 18-19, San Pablo, Brasil). *Temas actuales de derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*. Uruguay: Konrad, Adenauer y Stiftung, 2005.

GRAMMER, Christoph. El sistema del Estatuto de Roma como fuerza motriz del derecho penal internacional. El inesperado éxito del Estatuto de Roma en América Latina, 2005, En: Seminario internacional La implementación del Estatuto de Roma en el Derecho interno y otras cuestiones fundamentales de derecho penal internacional (2004 marzo 18-19, San Pablo, Brasil). *Temas actuales de derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*. Uruguay: Konrad, Adenauer y Stiftung, 2005.

GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia, 2006. *Elementos de Derecho Internacional Penal*, Buenos Aires: Editorial De Los Cuatro Vientos.

LABORÍAS, Alexis Rodrigo, 2010. “Implementación en la Argentina del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, En: *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, 88, 43-81.

SANCHO, Helena. Estudio sobre la compatibilidad entre Estatuto de Roma y la legislación andina en tema constitucionales, penales y procesales, 2001, En: Seminario sobre la Corte Penal Internacional (2001 febrero 12-13, Quito) [on line]. Disponible en: <http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdf1/SANCHO%20HELENA.pdf> [Fecha de consulta 06/04/2014].

IX. Legislación consultada

Ley 24.660. Ejecución de la Pena Privativa de la libertad, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 16/07/1996.

Ley 25.390. Aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 23/01/2001.

Ley 25.871. Migraciones, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 16/07/1996.

Ley 26.200. Ley de Implementación del Estatuto de Roma, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 09/01/2007.

Dec. 1136/1997. Reglamento de comunicaciones de los internos. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 05/11/1997.

Dec. 396/1999. Reglamento de las Modalidades Básicas de la Ejecución. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 05/05/1999.

X. Jurisprudencia consultada

CSJN, 09/03/2004, Romero Cacharane Hugo Alberto [on line]. Disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do;jsessionid=0a81010830f5696cc88d70b54f34a62b9032e6f47cbe.e380b3aLaxuKay0Lbh0PbNiPaxyOe6fznA5Pp7ftolbGmkTy?method=realizaConsulta> [Fecha de consulta: 06/04/2014].

CNCP, Sala III, 04/02/2005, Acceta Juan Pablo, causa n° 4872, registro 19/05, Abeledo Perrot N° 22/8578.

CNCP, Sala III, 08/03/2005, Fernández José Arnaldo, causa n° 5289, registro 127/05, Abeledo Perrot N° 22/9058.

CNCP, Sala IV, 05/05/2005, Romero Apolinario Alejo [on line]. Disponible en: https://www.jusbaires.gob.ar/sites/default/files/cncp_romero.doc [Fecha de consulta: 06/04/2014].

CSJN, 03/05/2005, Verbitsky Horacio [on line]. Disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&falloId=70648> [Fecha de consulta: 06/04/2014].

Corte IDH, 14/05/2013, Mendoza César Alberto y otros vs. Argentina [on line]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia> [Fecha de consulta: 06/04/2014].

TOF N° 1 LP, 28/03/2014, Nuñez Francisco Javier, causa n° 3474/III/13.

XI. Otros documentos consultados

AI. Amnistía Internacional, 2010. Disponible en: <http://www.amnesty.org/en/library/asset/IOR53/005/2010/en/9433e3c2-003f-4e55-8e47-24503bc2a055/ior530052010es.html> [Fecha de consulta: 06/04/2014].

PGA. Programa de Derecho Internacional y Derechos Humanos de la Acción Mundial de Parlamentarios. Disponible en: <http://www.pgaction.org/pdf/PGA-KIT-ICC-ESP.pdf> [Fecha de consulta: 06/04/2014].

CPI. Corte Penal Internacional área de casos y situaciones. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Situations+and+Cases/> [Fecha de consulta: 06/04/2014].

CPI. Corte Penal Internacional área de cronograma de juicios. Disponible en: http://www.iccpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/hearing%20schedule/Pages/upcoming%20hearings.aspx [Fecha de consulta: 06/04/2014].

CPI. Corte Penal Internacional área penitenciaria. Disponible en: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/detention/Pages/detention.aspx [Fecha de consulta 06/04/2014].

SGSC. Secretaría General del Senado de Colombia. Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1662_2013.html [Fecha de consulta: 06/04/2014].

Las experiencias de asociativismo municipal en Hispanoamérica. Valoración de las posibilidades de su inserción en Cuba

POR **ORISEL HERNÁNDEZ AGUILAR (*)**

Sumario: I. Introducció. — II. El asociativismo municipal en Hispanoamérica. Análisis de su regulación legal; II.1 Las tipologías de formas asociativas municipales en Hispanoamérica. — III. Posibilidades de inserción del asociativismo municipal en Cuba. — IV. Conclusiones. — V. Bibliografía. — VI. Legislación consultada. — VII. Otros documentos consultados.

Resumen: El asociativismo municipal es una práctica de articulación horizontal entre las municipalidades que goza de gran difusión. Analizar el estado actual de las prácticas asociativas, particularmente en el ámbito hispanoamericano por su cercanía cultural con Cuba, resulta pertinente a fin de obtener referentes para evaluar la viabilidad de su inserción en el diseño municipal cubano actual. Para dar cumplimiento al objetivo propuesto se realiza un análisis del estado actual de la regulación legal de las distintas tipologías asociativas en la región, lo que permite constatar la multiplicidad de formas existentes, así como sus fortalezas y debilidades. En el caso de Cuba, aun cuando el estudio evidencia la ausencia de regulación legal que permita la práctica del asociativismo municipal, se comprueba la existencia de condiciones jurídicas y políticas esenciales en el contexto actual que harían viable su inclusión dentro del marco jurídico - político vigente.

Palabras clave: municipio, asociativismo municipal, lineamientos.

THE EXPERIENCES OF MUNICIPAL ASSOCIABILITY IN SPANISH AMERICA.
ASSESSMENT OF THE POSSIBILITIES OF THEIR INSERT IN CUBA

Abstract. The municipal associability is a practice of horizontal articulation among the municipalities that has great diffusion. To analyze the current state of the associative practices, particularly in the Spanish American environment for their cultural proximity with Cuba, is pertinent in order to obtain references to evaluate the viability of their insertion in the current Cuban municipal design. To give execution to the proposed objective it is carried out an analysis of the current state of the legal regulation of the different associative typologies in the region, what allows to verify the multiplicity in existent forms, as well as their strengths and weaknesses. In the case of Cuba, even when the study evidences the absence of legal regulation that allows the practice of the municipal associability, is proven the existence of the essential juridical and political conditions in the current context that would make possible its inclusion inside the current juridical and political mark.

Key words: municipality, municipal associability, guidelines.

I. Introducción

Las prácticas asociativas se han difundido, en buena medida, debido a la interiorización por los gobiernos locales de la necesidad de articularse, horizontalmente, con otros similares en aras del desarrollo integral de su localidad.

(*) Profesora de la Disciplina Fundamentos Históricos, Teóricos y Constitucionales del Estado y el Derecho. Profesora de Derecho Romano, Historia General del estado y el Derecho; Teoría General del Derecho y Derecho Municipal en la Facultad de Ciencias Humanísticas, Universidad de Pinar del Río. Cuba.

El análisis del desarrollo de las instituciones jurídicas en la práctica resulta siempre un referente valioso. En el caso que nos ocupa la selección del área hispanoamericana ofrece la posibilidad de operar dentro de ordenamientos jurídicos cercanos a nuestra tradición y cultura jurídicas al compartir el mismo sistema de Derecho.

Por tales razones, resulta pertinente analizar el estado actual de las prácticas asociativas y su particular relación con el desarrollo local, particularmente en el ámbito hispanoamericano por su cercanía cultural con Cuba, a fin de obtener referentes para evaluar la viabilidad de su inserción en el diseño municipal cubano actual.

II. El asociativismo municipal en Hispanoamérica. Análisis de su regulación legal

El examen de las legislaciones vigentes en Hispanoamérica muestra un importante reconocimiento de la necesidad y viabilidad de las figuras que permitan la cooperación y la asociación horizontal. La presencia de regulaciones al respecto es casi absoluta en el área ya que solo en Cuba no se encuentran referencias al respecto.

La proliferación legal que se ha experimentado en esta materia en la región elegida hace que la comprensión de este fenómeno requiera del estudio, completo y ordenado, de las diversas tipologías adoptadas. Para una mejor estructuración del análisis a desarrollar se seguirá la lógica de lo más simple a lo más complejo, partiendo de las formas o tipología de relaciones intermunicipales para concluir con las supramunicipales.

II.1 Las tipologías de formas asociativas municipales en Hispanoamérica

1. Formas intermunicipales

La configuración de esta tipología de formas asociativas se enmarca dentro de lo que García de Enterría y Ramón Fernández [2006] denominan como “convenios”. Los convenios, como denominación general, engloban distintos tipos de actos jurídicos producidos por la voluntad coincidente de la Administración y otros tipos de sujetos diferentes. Los convenios en los que la contraparte es también un ente administrativo, en su carácter de tal, son convenios interadministrativos, los que según los referidos autores son “específicos del Derecho de la organización” [665].

En las normas que regulan esta materia existe diversidad terminológica pero aun así muchas de ellas apuntan acertadamente a su carácter de convenio. Así en México de conformidad el art. 115 constitucional se contemplan como posibles modalidades para la coordinación intergubernamental los convenios de asociación y de colaboración; en Guatemala se faculta a los Concejos Municipales para la “aprobación de los acuerdos o convenios de asociación o cooperación con otras corporaciones municipales, (...) nacionales e internacionales” (art. 35 s.), Código Municipal, dec. 12 de 2002 modificado por el dec. 22 de 2010); en Costa Rica las municipalidades “podrán pactar entre sí convenios” —art. 9º, Código Municipal, Ley 7794 de 30 de abril de 1998, (comentado)—; en El Salvador los municipios podrán “concretar entre ellos convenios cooperativos” —Código Municipal, dec. 274 de 1986 (modificado)—, en Ecuador “podrán firmar convenios” (art. 179, Ley Orgánica de Régimen Municipal), en Colombia podrán “suscribir convenios de asociación” (art. 88, Ley 715/2001), en Uruguay se concibe como principio cardinal del sistema de descentralización local a la “cooperación entre los Municipios” (art. 3º, Ley 18.567 Descentralización Política y Participación Ciudadana), en Chile se introdujo la posibilidad de que puedan “celebrar convenios” (art. 138, Ley 18.695 Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades modificada por la Ley 20.527 de 2011), en España está autorizada “la suscripción de convenios” (Art. 57.2º, Ley de Bases del Régimen Local) y en el caso de Argentina aparecen referencias en varias constituciones provinciales *V.gr.* en la de Catamarca en su art. 245.4º y en la del Chaco en su art. 193 (HERNÁNDEZ, 2003:465 y ss).

Estos acuerdos o convenciones son legalmente regulados para la consecución de fines generales de competencias municipal, correspondiendo a las municipalidades determinar si al momento de la celebración se opta por una o varias finalidades. Teniendo esto como referente resultan particular-

mente llamativos dos casos que rompen con esta lógica al ser concebidos para propósitos específicos. Tales son los casos previstos en el art. 77 del Ley Orgánica del Poder Público Municipal de Venezuela, que contempla la “creación de un sistema intermunicipal de recursos humanos que facilite la acreditación de conocimientos y experiencia de las personas que laboran en los municipios” para lo cual los “municipios desarrollarán las acciones asociativas entre sí”, y en el art. 140 de la Ley 9106/1973 “Sobre Régimen Municipal” de Panamá, que dispone que “dos o más Municipios, o todos los Municipios de una Provincia, pueden asociarse para unificar su régimen económico estableciendo un tesoro y una administración fiscal comunes”.

Por su vocación se trata casi siempre de prácticas nacionales, con la excepción de lo expresamente normado en las legislaciones municipales de Guatemala y Colombia (Art. 193, Ley 136 de 1994), siendo esta es la nota que particularizada, por su inherente carácter internacional, a otra figura que, aunque solo figura expresamente en la regulación legal ordinaria municipal boliviana (Art. 12.15, Ley de Municipalidades), tiene difusión en el área: los Hermanamientos. Se trata un tipo de convenio peculiar que se establece “entre vecinos o países que comparten relaciones culturales e históricas” (CONSEIL DES COMMUNES ET RÉGIONS D’EUROPE, 2008:4) por medio de “una “convención” que deben firmar los representantes legales de los municipios colaboradores” [30].

Si bien el convenio es la forma jurídica predominante pueden encontrarse prácticas puntuales de articulación entre municipalidades por medio de contratos administrativos, pues como sostiene Marchiaro “Los contratos de colaboración entre gobiernos locales (en compras comunes, préstamos de equipos o personal) es una figura muy flexible y práctica, altamente recomendable porque puede ser la base para trabajos posteriores” (MARCHIARO, s/ed.).

El mayor mérito de las formas intermunicipales radica en su carácter de simple convención o acuerdo entre las partes. Al no exigir mayores formalismos o autorizaciones legales, vale como precepto autorizante la norma marco que reconoce la autonomía municipal si se parte de que “el derecho de cooperar y asociarse de las entidades municipales entre sí emerge de la propia autonomía local” (HERNÁNDEZ, 2003:471). Una vez hecha la reflexión anterior conviene diferenciar lo legalmente reconocido, nominado, y lo legalmente posible, toda vez que esta capacidad para realizar actos jurídicos de las municipales debe encausarse y el reconocimiento de las vías o formas a adoptar constituyen garantías adicionales a esta facultad derivada de la autonomía.

A pesar de su carácter de actos jurídicos ordinarios llama la atención su limitado tratamiento en la legislación y la doctrina municipales que se enfocan con mayor énfasis en las formas supramunicipales. A esto vienen unido los inconvenientes de su tratamiento legal que pasa en ocasiones por la ausencia en la legislación municipal de norma que haga alusión expresa a esta posibilidad, y en los casos en que la referencia figura la enunciación es en extremo somera y/o es hecha de conjunto con la de otros mecanismos, sin que queden claras sus peculiaridades. Todo ello conspira para que los gobiernos, muchas veces, los obvian por desconocidos.

2. Formas supramunicipales

Lo que distingue a las formas supramunicipales es la creación de una nueva persona jurídica distinta de las municipalidades concertantes. La concesión a estas de personalidad jurídica “... dependerá en cada caso de la concurrencia de los requisitos fijados en la leyes” (MARTÍN MATEO, 1987:23). Su naturaleza jurídica es la de un ente no territorial; “subespecie de las corporaciones de base interadministrativa” [25] por su particular interés local y su integración por municipalidades; de carácter contingente; y de derecho público, pues al “adoptar la condición de miembros del ente verdaderas Administraciones Públicas, el ente como tal asume indubitablemente ese carácter en plenitud” (GARCÍA DE ENTERRÍA & Ramón FERNÁNDEZ, 2006:396).

Las tipologías supramunicipales asumidas no solo son variadas, sino que muchas veces por su denominación inducen al error pues reciben igual nombre prácticas diferentes. Tal es el caso de las asociaciones que pueden darse en las “dos vertientes de las relaciones intermunicipales, o sea, la aso-

ciativa para la protección y promoción de intereses municipales y la de cooperación para el ejercicio de competencias...” (HERNÁNDEZ, 2003:471-472).

En el primero de los sentidos mencionados operan las denominadas Asociaciones de Gobiernos Locales (en lo adelante AGL’s). Las AGL’s se conforman por autoridades locales, asociaciones nacionales o regionales de municipalidades, y/o organizaciones de funcionarios municipales (FLACMA, 2005:24). En tanto nos interesa su estudio como manifestación de asociativismo solo consideramos como tales a las AGL’s que resultan de la afiliación voluntaria, por ello excluimos el análisis de la AME y COMAGA, ambas asociaciones ecuatorianas de carácter forzoso.

Entre sus propósitos fundamentales se encuentran la “representación de los intereses colectivos de los municipios (...), la preparación para que sus socios asuman nuevas funciones (...) [y] fomentar la red municipal” (VEGA JIMÉNEZ, 2007:3). De ahí que desarrollen acciones encaminadas a capacitar y brindar asistencia técnica a los funcionarios municipales y a concertarse con otros agentes sociales e institucionales, especialmente para lo concerniente al intercambio de experiencias y la coordinación de proyectos, que es una vía de financiamiento alternativa a las aportaciones de sus miembros y los ingresos propios.

Lo que distingue a las AGL’s del resto de las formas supramunicipales es su carácter de instancias representativas con funciones de asesoramiento y apoyo, lo que las convierte en instancias valiosas para la articulación municipal pues de cumplir su cometido estarían “contribuyendo a la superación del municipalismo tradicional y al desarrollo de un nuevo municipalismo” (FLACMA, 2005:7). Sus debilidades radican en que tienen un impacto menos directo en la vida local y su desarrollo que las formas asociativas más instrumentales, lo que debilita la afiliación a las mismas y, con ello, su financiamiento que depende de esto en buena medida.

La segunda vertiente de las asociaciones municipales guarda identidad con el resto de las formas típicas de asociativismo, mancomunidades y consorcios, al tratarse de personas jurídicas constituidas, voluntaria y exclusivamente, por los municipios para el ejercicio de sus competencias.

Estas asociaciones están previstas en Guatemala (Art. 10, Código Municipal, dec. 12 de 2002 modificado por el dec. 22 de 2010), Colombia (Art. 148, Ley 136 de 1994), en Honduras (1) (Art. 20, Ley de Municipalidades), Bolivia (Art. 12.15, Ley de Municipalidades), Chile (Art. 135-137, Ley 18.695 Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades modificada por la Ley 20.527 de 2011) y Paraguay (Art. 15, 19 y Art. 36 e), Ley Orgánica Municipal). Su regulación rara vez coinciden con la previsión de otra forma asociativa supramunicipal, salvo en el caso de Guatemala y Bolivia que coincide con las mancomunidades sin que pueda inferirse la razón de la diferencia dado que su desarrollo normativo generalmente se limita a la previsión de esta como posibilidad asociativa.

La cuestión del desarrollo legal de estas asociaciones municipales es, por lo antes mencionado, el punto crítico de las asociaciones y la pieza clave a fin de determinar con claridad su naturaleza. Lo dispuesto en las leyes guatemalteca, boliviana y paraguaya no permite hacer mayores precisiones debido a que se limitan a enunciar los elementos generales ya mencionados de la figura. Solo las legislación colombiana y chilena se ocupan de profundizar en la materia detallando el régimen de conformación y funcionamiento y de los órganos de administración de la asociación, sin que de su lectura (Art. 149-153, Ley 136 de 1994) se puedan inferir notables diferencias con las mancomunidades, aun y cuando en el caso chileno luego de la reforma de 2011 (Art. 137, Ley 18.695 Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades modificada por la Ley 20.527 de 2011) se le ha dotado de personalidad jurídica de derecho privado. En aquellos casos en que, a nivel normativo, no hay mayor desarrollo tampoco existen estudios que se pronuncien sobre su desarrollo por lo que, a falta de mayores distinciones, nada indica que sea una figura de nueva creación y se infiere que su dinámica funcional es la mancomunada.

Las mancomunidades son la forma más difundida y tradicional del asociativismo. Junto a los consorcios, de los que sólo se distinguen en esencia por un rasgo como se verá *infra*, son la “forma típica

(1) En Honduras estas asociaciones están prevista con carácter no solo nacional sino también internacional.

de asociacionismo” (MARCHIARO, 2000:131) supramunicipal toda vez que otras tipologías clásicas de ente locales complejo y supramunicipales, como la comarca y el área metropolitana, no pueden calificarse como manifestaciones asociativas dado su carácter ajeno a la manifestación autónoma de voluntad municipal (MARTÍN MATEO, 1987:175 y 233).

Una propuesta de definición generalizadora que recoge los rasgos comunes y esenciales de la figura la ofrece Giuliano cuando sostiene que las mancomunidades son “asociaciones de municipios para el cumplimiento de los fines y funciones que son de su competencia y que, a raíz de su naturaleza y dimensión, exigen la cooperación recíproca de los entes, con el objeto de realizar obras o prestar servicios” (GIULIANO, 2006:189).

Las exigencias particulares para su conformación pueden variar aunque es común que se apruebe un documento, estatuto (2) o resolución (3), que exprese datos relevantes como: la denominación y domicilio legal de la mancomunidad; los municipios que la integran; la forma de composición, integración y funcionamiento de los órganos de la mancomunidad, que deben ser representativos de los municipios que la integran; los fines perseguidos; las fuente de proveniencia de los recursos económicos, que son mayormente los aportes de los mancomunados; el plazo de vigencia, y las causas de disolución.

Se encuentra presencia legal de las mancomunidades en República Dominicana (Art. 7º, b) y Título V, Capítulo I, Ley 176-07 del Distrito Nacional y los Municipios), Guatemala (Capítulo II, Código Municipal, dec. 12 de 2002 modificado por el dec. 22 de 2010), Nicaragua (Art. 12, Ley 40, Ley de los Municipios de 1988), Venezuela (Arts. 40-44, Ley Orgánica del Poder Público Municipal), Ecuador (Art. 13 y Art. 179, Ley Orgánica de Régimen Municipal), Perú (Art. 124, Ley 27.972 Ley Orgánica de Municipalidades) (Ley 29.029 De la mancomunidad municipal de 2007, modificada por la Ley 29.341), Bolivia (Art. 155-158, Ley de Municipalidades) y España (Art. 44, Ley de Bases del Régimen Local). Las normas encargadas de su instrumentación presentan, mayoritariamente, un adecuado nivel de desarrollo, siendo el caso ecuatoriano la excepción, y notoria similitud en la redacción. Solo Bolivia rompe con esta homogeneidad.

Dentro de las normativas referidas a las mancomunidades resulta llamativo que la ley boliviana en su art. 157 fracción II prevé la posibilidad de que la mancomunidad municipal se constituya en sujeto de derecho privado (Art. 157.II, Ley de Municipalidades) lo que no sólo es una contradicción con la naturaleza de la figura, sino que constituye una limitación para su funcionamiento al limitarla “para poder gestionar y administrar recursos y créditos públicos sin dificultad legal” (DEL CASTILLO, 2008:24).

La amplia difusión de esta forma asociativa es muestra de su viabilidad. En su favor opera el hecho de ser una forma conocida y de práctica usual que he probado no presentar mayores inconvenientes en su establecimiento y desarrollo. Los mayores retos para la mancomunidad provienen del aspecto organizativo-funcional diario elemento común, se verá *infra*, de todas las tipologías supramunicipales.

En lo tocante a estas tipologías de naturaleza mancomunada resulta conveniente detenerse en el caso de Costa Rica pues, aunque en el texto de la ley se alude solo a federaciones y confederaciones —Art. 10, Código Municipal, Ley 7794 de 30 de abril de 1998, (comentado)—, según el Dictamen 331 de fecha 30/11/2001 de la Procuraduría General de la República, refiriéndose a su naturaleza jurídica precisa que “Este tipo de figuras federativas de corporaciones municipales, o “mancomunidades”, como son usualmente llamadas en otras legislaciones u ordenamientos jurídicos, no son exclusivas del ordenamiento jurídico costarricense” (Dictamen 331/2001). Se trata, por consiguiente de una diferenciación meramente nominal puesto que hay coincidencia en la esencia de la figura.

El profesor Martín Mateo [1970] en su obra “Los Consorcios Locales” comienza aludiendo a la dificultad de unificar la doctrina sobre los consorcios, toda vez que sus manifestaciones, privada y pública, ofrecen no solo notables diferencias internas, sino que varían de un país a otro. Para evitar estas

(2) Así se le denomina de forma mayoritaria. V.gr.: En España, República Dominicana, Guatemala, Venezuela y Perú.

(3) Denominación que tiene en la legislación de Nicaragua.

problemáticas era partidario de “reservar la utilización de esta denominación para aquellas asociaciones intermunicipales que incorporen además en su seno representaciones de entes de distinto orden” (MARTÍN MATEO, 1970:49-50).

El consorcio local puede entenderse entonces como una sub-especie de la mancomunidad. Son personas jurídicas “de Derecho público” (MARTÍN MATEO, 1987:114) que tienen como rasgo distintivo, individualizador, el hecho de que “incluyen personas jurídico-públicas heterogéneas. Ello no será óbice para que la figura jurídica surgiente tenga carácter netamente local” (MARTÍN MATEO, 1970:41). Al igual que la mancomunidad su alcance dependerá de lo provisto en las leyes de cada nación y tendrán como norma básica al estatuto. Otra característica que puede diferenciar a estas organizaciones instrumentales, aunque no es siempre regla, es el alcance de la finalidad perseguida. Según Villegas Moreno existe una tendencia a que la mancomunidad se constituya “para la realización de numerosos objetivos comunes a los municipios que agrupa. [y] El consorcio se constituye para realizar una obra o servicio determinado” (VILLEGAS MORENO, 2002:101).

En Hispanoamérica los consorcios aparecen con menor frecuencia. En Puerto Rico la Ley de Municipios Autónomos del Estado Libre Asociado de Puerto Rico en su Art. 2001 inc. p) permite a los municipios la creación de consorcios. Esta norma no prevé la inclusión dentro del ente consorcial de otras entidades, por lo que resulta dudosa la elección de la tipología. Además dispone que esta tenga “personalidad jurídica propia, separada del municipio, a tenor con lo dispuesto para las sociedades en el Código Civil de Puerto Rico de 1930” lo que contradice su naturaleza jurídica.

En Argentina, durante décadas, “la única figura desarrollada en el derecho y la práctica municipal argentina fue la de los “consorcios”, por los cuales se encaraban obras de relativa envergadura o la prestación de servicios públicos en común” (MARCHIARO, 2000:109), En la actualidad “sigue vigente en este nuevo desarrollo del asociacionismo” [112] aunque algunas de las provincias los emplean solo con integración municipal [115 y ss.].

En España, según Art. 57, Ley de Bases del Régimen Local y Ley de Procedimiento Administrativo Común de 1992, las potestades y el alcance de los consorcios “surgen de la legislación de la comunidad autónoma, pero aun sin ello disponen de todas las competencias que corresponden a las administraciones públicas y, concretamente, a los entes locales” (GIULIANO, 2006:196).

A pesar de que los consorcios locales se encuentran menos difundidos que las mancomunidades cuenta, por su carácter abierto a la incorporación de otro tipo de personas jurídicas, con la ventaja de flexibilizar su integración por medio de la inclusión de otros actores interesados en lo local. Además de esto, al ser un subgénero de la mancomunidad, comparte con ella sus méritos y dificultades.

A continuación se relacionan otras formas, atípicas, supramunicipales previstas en los ordenamientos hispanoamericanos. Para su mejor estudio se tratarán en primer lugar aquellas formas que se reconocen como de pertenecientes al derecho público para finalizar con las tipologías de derecho privado.

El derecho argentino posee una gran diversidad de formas asociativas que “muestran grandes variaciones (...) por lo que resulta complejo encontrar características generalizables” (CRAVACUORE, 2006:4). Independientemente de su denominación particular en las constituciones provinciales estas se recogen bajo la denominación de micro-regiones.

El primer inconveniente relativo a esta categoría es que se pueden encontrar trabajos “calificando como microregión algo que puede no serlo” toda vez que “esta institución es polisémica y multívoca (...) [y que] como todo nuevo fenómeno jurídico (...) durante sus primeros pasos convive con otros conceptos que solo transitoriamente lo expresan” (MARCHIARIO, 2007:2).

La microrregión no implica la creación de un nuevo nivel o de una nueva estructura de gobierno sino que, como sostiene Marchiaro, constituye “un ámbito de concertación y actuación común” (MARCHIARIO, s/f:6) que tiene como “finalidad profundizar el federalismo, avanzando en fórmulas no solo de concertación sino de integración” [2]. Así lo reconoce Graglia al explicar que “Los municipios o comunas no se fusionan ni disuelven en una región, no pierden competencias materiales ni

territoriales. Por el contrario, se asocian e integran para gobernarla, ampliando sus competencias, ejerciendo asociadamente nuevas funciones en zonas nuevas” (GRAGLIA, 2006:42-43).

En cuanto a la forma jurídica que asumen existe una gran heterogeneidad pues “encontramos diversas figuras legales (...). Sin embargo, una gran mayoría de las micro regiones funciona de hecho, sin una figura jurídica y una institucionalidad afianzada” (ALTSCHULER, 2003:14). Ésta se constituye a partir de las normas disponibles asumiendo, desde el punto de vista formal, la investidura institucional existente sin que por ello deba “confundirse la microrregión con las herramientas jurídicas que se desarrollan desde la misma” (MARCHIARO, 2007:12).

Una de las grandes ventajas de esta forma asociativa es que, por sus pretensiones federativas, más operativas que institucionales, puede comenzar operando en el plano legal a través de los mecanismos legales existentes. Cuenta, además a su favor, con la loable aspiración de superar el federalismo actual, articulando más y mejor a sus actores en una lógica de integración que parte desde abajo. En su contra conspiran dos elementos fundamentales, la carencia de causas institucionales y jurídicos claros para su desarrollo a mediano y largo plazo, y las dificultades y ambigüedades que presenta su definición. No obstante la figura cuenta con un amplio interés por parte de su doctrina nacional que le augura un porvenir prometedor.

En España subsiste una figura histórica que tiene, como resultado de su larga tradición, matices propios en cada región. Es el caso de las Entidades conocidas con las denominaciones de Mancomunidades o Comunidades de Tierra, o de Villa y Tierra, o de Ciudad y tierra, Asocios, Reales Señoríos, universidades, Comunidades de Pastos, leñas, aguas o análogos. El legislador en el art. 37 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local les reconoció la posibilidad de que continúen “rigiéndose por sus normas consuetudinarias o tradicionales, sin perjuicio de que adapten su régimen económico a lo prescrito en la legislación de Régimen Local”. Estos entes “tienen por lo general como objeto el disfrute en común de determinados bienes de naturaleza agrícola y forestal” (MARTÍN MATEO, 1987:59). El valor de estas agrupaciones viene dado por su capacidad de subsistencia y adaptación a lo largo de la historia. El hecho de que esta figura no goce de mayor difusión puede atribuirse a su carácter particular y su origen medieval.

Entrando en materia de derecho privado conviene aludir a la presencia de formas que constituyen una extensión al plano de las relaciones asociativas de figuras ya consolidadas de gestión de los servicios públicos locales. Así es que se puede apreciar que en El Salvador —Arts. 12 y 30.13 Código Municipal, dec. 274 de 1986 (modificado)—, Venezuela (Art. 45, Ley Orgánica del Poder Público Municipal), Bolivia (Art. 12.15, Ley de Municipalidades) y Chile (Art. 127, Ley 18.695 Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades modificada por la Ley 20.527 de 2011), con mayor o menor amplitud, se autorizan a los municipios a acordar, colectivamente, la creación de fundaciones, asociaciones civiles, empresas y sociedades mercantiles para la prestación de servicios intermunicipales, o para cualquier otro fin lícito. Esto es una extensión a la materia asociativa de las formas de gestión de los servicios públicos, materia ampliamente tratada y conocida dentro del Derecho Administrativo (MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, 2007) al que debe remitirse su estudio, que tendría la particularidad de la integración por dos o más municipalidades. Por ser esta práctica, cuando menos, conocida es posible que se desarrolle por municipalidades fuera de la autorización expresa de la legislación municipal, en ejercicio de la autonomía, y adoptando como propias a las normas administrativas ordinarias que regulan su funcionamiento.

La elección de esta forma de instrumentar la cooperación no resulta errada toda vez que es una modalidad conocida y funcional para servir al propósito de la complementación en materia de servicios y permite, “con la utilización de la forma privada, (...) excepcionar la rigidez presupuestaria, así como las reglas de la contratación administrativa” (SOSA WAGNER, 2002:66).

Aun cuando se ha ofrecido una sistematización completa desde el punto de vista legal, y con apoyo en las predominantes tendencias doctrinales, del estado actual del asociativismo municipal en la

región escogida, no es posible considerar plenamente agotada la cuestión del estudio en Hispanoamérica de las formas asociativas, inter y supramunicipales, solo con las referencias abordadas pues, la libertad de creación y de adopción de tipologías, en virtud de la autonomía, puede dar lugar a otras numerosas prácticas que transiten temporalmente fuera de la previsión normativa.

Tomando como referencia las reflexiones realizadas *supra* respecto de cada una de las formas asociativas existentes es posible sostener que su mayor fortaleza radica en que las tipologías a adoptar ofrecen variedad de formas y una gran flexibilidad en cuanto a propósitos e integración, en tanto que sus debilidades están asociadas a las dificultades jurídicas en la adopción de una figura legal cuando hay escasez de antecedentes jurídicos o una regulación arbitraria de la misma (MARTÍN MATEO, 1970:50).

A pesar del balance de las fortalezas y debilidades es incuestionable el valor del asociativismo municipal como alternativa de los gobiernos municipales para enfrentar su gestión y tanto unas como otras se relacionan con la proyección del mismo como vía para promover el desarrollo local.

III. Posibilidades de inserción del asociativismo municipal en Cuba

Las razones para la ausencia en la legislación revolucionaria de prácticas municipales asociativas se pueden encontrar en la tesis sostenida por Villabella de que en la década del 70 y el 80 “la división política-administrativa instaurada logró una relativa uniformidad municipal que contemplaba además el rápido desarrollo de los Municipios surgidos con la misma” (VILLABELLA ARMENGOL, 1998:58), por lo que estos solo se enfrentan, a partir de la década del 90, con las problemáticas de satisfacer las necesidades locales en un contexto económico adverso e insertadas en un mapa municipal asimétrico que “incide en que las estructuras de gobierno resientan su viabilidad funcional” [59]. Son esas precisamente las razones que motivan la necesidad, en la actual realidad municipal, de la inclusión de alternativas que permitan integrar las potencialidades propias de las localidades en la consecución de fines comunes o afines.

Si se analiza el diseño municipal cubano actual, tomando en consideración sus cuatro principios fundamentales, a fin de evaluar la inserción del asociativismo se constata que:

1. A pesar de la existencia de algunas limitaciones existentes en materia de autonomía, están dado los presupuestos básicos para hacer funcional el asociativismo municipal pues el municipio tiene reconocida su personalidad jurídica; existe un amplio respaldo popular de las autoridades electas que hace posible la manifestación de voluntad que de nacimiento a las formas asociativas con plena legitimidad; a pesar de la relativa indeterminación competencial existente, el preponderante carácter administrativo de la gestión municipal permite dotar de contenido a las formas asociativas; y, en materia financiera, la asociatividad puede ayudar a sobrellevar la escases de recursos, por medio de la cooperación, a la vez que, de implementarse experiencias supramunicipales, estas podrían generar sus propios ingresos.

2. El asociativismo ofrece una alternativa, por medio de la complementariedad, que puede ser asumida como otra de las formas de tratar la heterogeneidad existente entre las municipalidades.

3. La preponderancia en el principio de relación-articulación municipal cubano del principio de centralismo no excluye al asociativismo toda vez que, como en cualquier estado, necesita de la existencia de relaciones interadministrativas de colaboración de las que el asociativismo es una de sus formas de manifestación.

4. El amplio alcance de la democracia municipal en Cuba, dado por la existencia de diversos mecanismos de participación popular, permitirían al asociativismo gozar de una legitimación de partida y a la par, como práctica municipal, lo convertirían en una nueva esfera de la vida local en la cual instrumentar las formas de participación existentes.

Lo antes expuesto permite comprender que la inclusión del asociativismo municipal en el diseño jurídico del municipio cubano no contradice ninguno de los principios funcionales del mismo, por el contrario, este resultaría consecuencia lógica de ellos.

A todo lo anterior deben sumarse las posibilidades que deben derivar del perfeccionamiento institucional previsto en los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución (PCC, 2012) aprobados en el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba y que constituyen la guía fundamental para el desarrollo de cambios y ajustes que, sin renunciar al modelo socialista, lleva a cabo el país a fin de fortalecer su estructura económica, social e institucional. Dentro de ellos se preveen un grupo de cambios que atañen directamente al municipio.

El lineamiento 21 sirvió de origen a la previsión en el actual Ley del Sistema Tributario de la contribución para el desarrollo sostenible de los municipios de la que se benefician los gobiernos municipales y que supone un paso de avance en la financiación local.

Respecto a las cuestiones competenciales los lineamientos numerados 35 y 36 ofrecen un panorama esperanzador, pues se refieren a la separación entre funciones estatales y empresariales a nivel local, y la ordenación normativa de las funciones estatales propias de las instancias centrales, provinciales y municipales y las relaciones entre ellas. Gran expectación despierta esta previsión pues podría ser el remedio a la actual indeterminación y permitiría hacer más coherente el desarrollo de la autonomía municipal, con la extensión que se le conceda.

Referido al tema que nos ocupa cobran también relevancia lo dispuesto en el numeral 37 que se refieren al desarrollo de proyectos de desarrollo local basados en las auto-sustentabilidad financiera, así como en los numerales 263 y 264 que se refieren al necesario aprovechamiento por las instituciones turísticas de las potencialidades productivas locales y el desarrollo por parte de los municipios de ofertas turísticas que se conviertan en fuente de ingreso en divisas. Si se interpretan estas directrices de forma sistémica saltan a la vista importantes perspectivas de desarrollo futuro para las municipalidades fundadas en las iniciativas propias, conducentes al desarrollo local y que deben suponer, a fin de ser viables, una descentralización de funciones en favor de las mismas, es decir, un sensible incremento de la autonomía. Esto redundaría, sin dudas, en un mayor ámbito de posibilidades para la creación de formas asociativas toda vez que se estas tributan al desarrollo local, por el que se apuesta con estas políticas.

Si a ello se suma la voluntad política de perfeccionamiento de la institucionalidad y la posibilidad de una reforma constitucional a mediano plazo (CASTRO RUZ, 2013), se nos presenta un contexto sin par para introducir, al más alto nivel, las modificaciones legales precisas para viabilizar el asociativismo.

De manera general se puede sostener que en Cuba existen en la actualidad un panorama político favorable para el desarrollo de formas asociativas municipales de conformidad con la voluntad de perfeccionamiento institucional que se deriva de los Lineamientos, lo que constituiría un variante viable de tratamiento de expresión de la heterogeneidad de nuestras municipalidades

IV. Conclusiones

El asociativismo local goza de una gran difusión en las legislaciones hispanoamericanas, las que evidencian una importante diversidad de formas y tipologías que permiten la adaptación y funcionalidad de las prácticas asociativas, a pesar de las falencias que aun presentan.

En Cuba, aun cuando existe ausencia de regulación legal que permita la práctica del asociativismo municipal, se encuentran creadas las condiciones básicas dentro del marco jurídico vigente para su inserción. Esta sería, además, un lógico correlato de la política institucional expuesta en los Lineamientos.

V. Bibliografía

ALTSCHULER, Barbara. El asociativismo municipal como estrategia para el desarrollo económico local en la Argentina, 2003, En: V Seminario de Redmuni (/9-10/09/2003, Mendoza) [on line] Disponible en: <http://www.oit.org.ar/portal/programa-cea/images/stories/documentos/258-asociativismo-municipal-como-estrategia-para-el-del-en-argentina-pdf.pdf>, [Fecha de consulta: 21/01/2014].

CASTRO RUZ, Raúl, 2013. *Discurso pronunciado en la clausura de la Sesión Constitutiva de la Asamblea Nacional del Poder Popular, en su Octava Legislatura*, Palacio de Convenciones de La

Habana, el 24 de febrero de 2013. [on line] Disponible en: <http://www.cubadebate.cu/raul-castro-ruz/2013/02/24/raul-castro-la-mayor-satisfaccion-es-la-tranquilidad-y-serena-confianza-que-sentimos-al-ir-entregando-a-las-nuevas-generaciones-la-responsabilidad-de-continuar-construyendo-el-socialismo-fotos/>, [Fecha de consulta: 18/03/2013].

CRAVACUORE, Daniel, 2006. "Análisis del asociativismo intermunicipal en Argentina", En: *Medio ambiente y urbanización*, Buenos Aires, 64, 3-16.

DEL CASTILLO, Martín, 2008. *Contexto de la Mancomunidad en Bolivia*. La Paz: Programa Concertar.

FLACMA, 2005. *El Asociativismo Municipal en América Latina. Asociaciones de Gobiernos Locales de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela*. Proyecto Regional Descentralización/ Desarrollo Municipal y Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entzwicklung.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, & RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, 2006. *Curso de Derecho Administrativo I, parte 2*. La Habana: Editorial Félix Varela.

GIULIANO, Diego Alberto, 2006. "De mancomunidades, agrupaciones y consorcios". En: AA.VV., *Políticas municipales para el desarrollo local y regional, Serie PROFIM*. Córdoba: EDUCC - Editorial de la Universidad Católica de Córdoba, 173-218.

GRAGLIA, Emilio, 2006. "Análisis jurídico y político de la regionalización". EN: AA.VV., *Desarrollo, municipalismo y regionalización: un triángulo virtuoso. El caso Córdoba. Serie PROFIM*. Córdoba: EDUCC - Editorial de la Universidad de Córdoba, 23-44.

HERNÁNDEZ, Antonio María, 2003. *Derecho Municipal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

MARCHIARO, E. J. (s./ed.) *Dos tipos de intermunicipalismo en la constitución entrerriana*. (Material facilitado por el autor).

— (s/f) *Microregiones municipales bonaerenses*. (Material facilitado por el autor).

— 2000. *Derecho Municipal. Nuevas relaciones intermunicipales. Poder de policía, microregión y sistémica jurídica*. Buenos Aires: Editorial Ediar.

— 2007 "La microregión en Argentina: del derecho municipal al derecho constitucional provincial" (on line). *Diario La Ley, Suplemento de Actualidad*, 13/09/2007. Disponible en: http://www.argentina-municipal.com.ar/despachos.asp?cod_des=9006&ID_Seccion=82[fecha de consulta: 21/01/2014].

MARTÍN MATEO, Ramón, 1970. *Los Consorcios Locales*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.

— 1987. *Entes Locales Complejos*. Madrid: Editorial Trivium.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis, 2007. *Los servicios públicos locales: concepto, configuración y análisis aplicado*. Barcelona: Editorial Bayer Hnos. S.A.

SOSA WAGNER, Francisco, 2002. *La gestión de los servicios públicos locales*. Madrid: Editorial Civitas.

VEGA JIMÉNEZ, Néstor, 2007. *Asociacionismo municipal e Inversión, y la descentralización en América Latina*. Federación Latinoamericana de Ciudades, Municipios y Asociaciones de Gobiernos Locales (FLACMA).

VILLABELLA ARMENGOL, Carlos, 1998. *El municipio cubano actual. Su modelo estatal*. (Tesis para optar por el Título de Doctor en Ciencias Jurídicas). Camagüey: Universidad de Camagüey.

VILLEGAS MORENO, José Luis, 2002. "El consorcio administrativo en el ámbito local venezolano. Aproximación a una descentralización cooperativa". En: *Provincia*, Mérida, 8, 99-109.

VI. Legislación consultada

Decreto Legislativo 274. Código Municipal. Diario Oficial No. 23, San Salvador, 05/02/1986.

Ley 7794. Código Municipal. La Gaceta No. 94, San José, 18/05/1998.

Dec. 12 Código Municipal, modificado por el dec. 22/2010. Diario de Centroamérica, Guatemala. 02/04/2002.

Ley 9106. Sobre Régimen Municipal. Gaceta Oficial de la República de Panamá. Panamá. 24/10/1973.

Ley 7/1985, Ley de Bases del Régimen Local. BOE núm. 80, Madrid, 3/04/1985.

Real Decreto Legislativo 781/1986, Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. BOE, Madrid, 22/04/1986.

Ley 18.695/1988, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. Texto Refundido, Coordinado, Sistematizado y Actualizado de la Ley 18.695, Diario Oficial. Santiago de Chile. 03/05/2002.

Ley 40. Ley de los Municipios, La Gaceta, Diario Oficial No. 155, Managua, 17/08/1988.

Dec. 134. Ley de Municipalidades, Diario Oficial La Gaceta, Tegucigalpa, 19/09/1990.

Ley 81, Ley de Municipios Autónomos del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 30/08/1991. [on line] Disponible en: <http://www.gobierno.pr/NR/rdonlyres/77F59993-5F78-401F-B234-4F577FB24C4D/0/Ley81Revisada.pdf> [fecha de consulta: 21/01/2014].

Ley 136, Principios Generales sobre la Organización y el Funcionamiento de los Municipios, Diario Oficial No. 41.377, Bogotá. 02/06/1994.

Ley 2028, Ley de Municipalidades. Gaceta Oficial. La Paz. 28/10/1999.

Ley 715, Diario Oficial 44.654, Bogotá. 21/12/2001.

Ley 27.972 Ley Orgánica de Municipalidades. El Peruano. Diario Oficial. Lima, 27/05/2003.

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Registro Oficial Suplemento 159. Quito. 5/12/2005.

Ley 29.029 De la mancomunidad municipal. El Peruano. Diario Oficial. Lima, 29/05/2007.

Ley 176 Del Distrito Nacional y los Municipios. Gaceta Oficial. Santo Domingo. 17/07/2007.

Ley 29.341 que modifica la Ley 29.029. El Peruano. Diario Oficial. Lima, 27/04/2009.

Ley 18.567. Descentralización Política y Participación Ciudadana. Diario Oficial. Montevideo. 19/10/2009.

Ley 3966. Ley Orgánica Municipal. Gaceta Oficial. Asunción. 10/02/2010.

Ley Orgánica del Poder Público Municipal. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas. 28/12/2010.

Ley 20.527 que modifica a la Ley 18.695. Diario Oficial. Santiago de Chile. 6/09/2011.

VII. Otros documentos consultados

CONSEIL DES COMMUNES ET REGIONS D`EUROPE, 2008. *Los hermanamientos para el mundo de mañana. Guía Práctica*. CCRE .

PCC, 2012. *Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución*. VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, La Habana. [on line] Disponible en: <http://www.prensa-latina.cu/Dossiers/LineamientosVICongresoPCC.pdf> [Fecha de consulta: 21/05/2012].

Desentrañando la esencia de la *lex aquilia*. ¿Reparación resarcitoria o aplicación de una penalidad?

POR ROMINA DEL VALLE ARAMBURU (*)

Sumario: I. Introducción. — II. El *damnum iniura datum*. — III. Regulaciones anteriores. — IV. Regulaciones de la *Lex Aquilia*. — V. Casos que no quedaban comprendidos en la *lex*. — VI. ¿Qué es el daño? — VII. La estimación del daño causado. — VIII. ¿Existe la reparación del daño causado? — IX. Interpretaciones. — X. Requisitos que deben cumplirse. — XI. Aplicación de la *Lex*. — XII. Los cuasi delitos. — XIII. Desentrañando la esencia de la pena que la separa de la indemnización. — XIV. Conclusión. — XV. Bibliografía.

Resumen: En el presente trabajo se tratará de determinar si existió una reparación del daño causado tal como lo entendemos en la actualidad en virtud de haberse cometido los delitos determinados por la *Lex Aquilia*, o si se trata de una consecuencia de la evolución del derecho penal privado, en el que pareciera aún no se encontraban perfectamente separados la reparación del daño causado de las acciones penales y reipersecutorias en la cabeza del delincuente, el aspecto central que se trata de dirimir en el presente, que sin lugar a dudas ha servido para determinar los orígenes de la actual responsabilidad extracontractual.

Palabras clave: Daño, responsabilidad extracontractual, delito, pena, indemnización, animales.

THE LEX AQUILIA. ¿FOR DAMAGES O REPAIR IT?

Abstract: In this paper we try to determine whether there was a compensation for loss sustained as we understand today by virtue of having committed the offenses established by the *Lex Aquilia*, or if it is a consequence of the evolution of criminal law private which were not yet appear perfectly separated to repair the damage caused to any criminal proceedings and reipersecutorias ahead of the offender, the central question of settling in the present, which no doubt served to determine the origins of the current liability.

Key words: Damage, tort, crime, compensation penalty, animals.

I. Introducción

En esta oportunidad se hará un análisis de la eventual contraposición que aparece generada por la propia *Lex Aquilia*, respecto de la reparación del daño causado ¿se trata de una reparación indemnizatoria? Versus ¿la aplicación de una pena en el sentido de sanción penal propiamente dicha? Así se verán cómo en Roma aparecen las primeras normas jurídicas que contemplaban las formas en las que eventualmente se repararía el daño causado, pero no en el sentido que lo entendemos actualmente, para ello se hará un análisis de la *Lex Aquilia* y las figuras comprendidas en los capítulos 1 y 3, las regulaciones que existían antes en virtud de la *Lex* de las XII Tablas, la definición de daño y la estimación del daño causado con algunos casos que la ilustran, las interpretaciones doctrinarias que arrojarían luz de cómo opera la reparación del daño causado sin dejar de lado los requisitos que deben cumplirse y como se procedía a la reparación en los cuasidelitos, como una

(*) Profesora Ordinaria Adjunta de Derecho Romano, Cátedra III. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

de las *variae figurae causarum* que fueron apareciendo con el tiempo. Ilustra el presente trabajo una comparación con lo dispuesto por las Partidas de Alfonso X el Sabio en materia de reparación del daño.

II. El *damnum iniura datum*

Cuando se estudian los delitos privados en Roma encontramos entre las distintas regulaciones las contempladas en la *Lex Aquilia*, por el daño que injustamente se ha causado sobre cosa ajena de manera culposa (Iglesias, 1979: 456). A ésta ley se la denomina así por el Tribuno *Aquilius*, tal como lo refieren algunos autores se trató de un plebiscito (D.2, 9,1). La figura típica fue conocida como *Damnum Iniura Datum* siendo éste “el daño causado independientemente de cualquier relación con la persona perjudicada” (Bonfante, 1965: 533) reguladas por la *Lex Aquilia* en los capítulos 1 y 3.

III. Regulaciones anteriores

Antes de la *Lex Aquilia*, y desde tiempos muy remotos, la Ley de las XII Tablas regulaba algunas cuestiones relacionadas con los daños:

a) Para el caso de que un animal cuadrúpedo causare un daño —*pauperies*— de manera injusta se debía pagar el valor o se entregaba el animal-*actio de pauperie*. ¿Qué es esta *actio*? Dentro de las acciones personales que se ha dado a los que han sufrido un daño, si fueron casuados por los animales, se llamarán *Pauperies*, definido por Justiniano en *pr Inst. h.t. “damnum sine iniuria facientis datum”* (D. 9, 1,1) o daño causado sin malicia del que lo hace, es una acción noxal y personal porque existe obligación del dueño el animal de entregarlo o indemnizar el perjuicio. (1)

De manera similar se resolvía cuando se reparaba el daño causado por un rebaño que pastaba en terreno ajeno —*actio de pastu*—.

b) Para el caso de que alguien hiciere una tala abusiva de árboles ajenos era penado a pagar 25 ases por cada árbol cortado —*actio de arboribussuccis*—.

Algunos casos de daños ilícitos en especial los que se referían a la agricultura estaban previstos en la Ley de las XII Tablas que prevenían:

- 1) El que introdujera a pastar el ganado propio en terreno de otro —Tabla VII—.
- 2) El que utilizara la magia y los encantamientos para echar a perder las cosechas —Tabla VIII—.
- 3) El que le fracturase el hueso a un esclavo ajeno, se lo castigaba con la pena de 150 ases.
- 4) Al que de noche y furtivamente segase las mieses o las diere como pasto a los animales —Tabla VIII, 9—.
- 5) Al que incendiase un edificio o una hacina de trigo colocada junto al mismo, sea que lo hiciere a sabiendas o simplemente por descuido —Tabla VIII, 10—.
- 6) Al que cortare injustamente los árboles de otro —Tabla VIII, 11—.

Ya vemos, entonces que la Ley de las XII Tablas prevenía castigos para reparar los daños causados.

IV. Regulaciones de la *Lex Aquilia*

La tipificación aquí contemplada la encontramos en los arts. I y III, así el Capítulo I señala: el que matare injustamente a un esclavo ajeno o animal cuadrúpedo que se halle comprendido en un rebaño, será condenado a dar al dueño tanto cuanto fuera el máximo valor que hubiere tenido la cosa durante ese año. No se tiene la fecha exacta de ésta ley pero se supone que es posterior a la Ley de las

(1) Son obligaciones que no nacen de delitos, cuasidelitos, contratos, ni cuasi contratos.

XII Tablas. El capítulo I se refiere a los animales gregarios, no a los salvajes, quedan comprendidos: los caballos, las mulas, los asnos, las ovejas, los bueyes, las cabras, los cerdos. Los que no están comprendidos en éste capítulo se encuentran comprendidos en el capítulo III.

El daño es injusto, como se dijo, pero no se deja de lado la culpa, ésta debe ser por lo menos levísima, algunos ejemplos de culpa encontramos en la casuística de Justiniano. Ésta puede consistir en la negligencia o la falta de cuidados en la conducta que se despliega, también puede ser un descuido por omitir los deberes que le correspondía ejercer a una persona.

En relación con este capítulo ya las Partidas contemplaban el daño o la muerte causado por un animal de la siguiente manera:

— En caso de que un animal fuera bravío por naturaleza debía estar encerrado, y si así no fuera y cause daño sobre cosa ajena se deberá pagar el doble del valor de dicha cosa al perjudicado.

— En el caso de que hiciera daño sobre un hombre hay que distinguir:

A) Si lo hiere deberá curarlo, cuidando además, del herido, también deberá pagarle lo que dejó de producir a raíz del daño. Si produce la muerte de un hombre deberá pagar una suma alta.

B) En el caso de que quede lisiado algún miembro se interpreta que el juez aplicará la ley del talión: “quede lisiado de algún miembro, débele hacerle enmienda de la lesión, según albedrío del juez del lugar considerando quién es aquél que recibió el mal y en que miembro” (Partida 7ma, Ley 23).

V. Casos que no quedaban comprendidos en la Lex

Había determinadas situaciones que no abarcaban la aplicación de la lex, como las siguientes:

— El que en defensa propia mata al ladrón (Gaius VI, 4,2; D. 9, 2, 4; 29,7; 45,4. No se trata de una muerte culposa el que mata al agresor injusto que lo ataca poniendo en peligro su vida, el cuerpo o los bienes (D.4; D.5; D.45, 4. D.1, 1, 3).

— Tampoco tiene culpa el que matare a otro por caso fortuito (Gaius IV, 3,3) por ejemplo el militar que ejercitándose con flechas en un campo destinado al efecto, ha herido a tu esclavo que pasaba circunstancialmente (Gaius VI, 3,4).

VI. ¿Qué es el daño?

La definición de daño la encontramos en las Leyes de Partidas de Alfonso X El Sabio, entendida como:

“El empeoramiento o menoscabo o destrucción que el hombre recibe en sí mismo o en sus cosas por culpa de otro. Y hay tres maneras de él: la primera es cuando se empeora la cosa por alguna otra que mezclan con ella o por otro mal que le hacen; la segunda es cuando se mengua por razón del daño que hacen en ella; la tercera es cuando por el daño se pierde o se destruye la cosa del todo” (Partida 7ma, Título XV, Ley 1).

En una definición más moderna siguiendo a las fuentes romanas se hace referencia a él: “Cuando una persona mediante un hecho ilícito e imputable, ocasionaba a otro un perjuicio en su patrimonio sin sacar provecho de ello. Al principio se dictaron en Roma disposiciones especiales para los daños más graves y frecuentes, pero más tarde el pretor fue extendiéndose paulatinamente a otros casos” (Caramés Ferro, 1953: 134).

VII. La estimación del daño causado

Para poder ejercer la acción que surge de ésta ley además de tener en cuenta cual era el valor del cuerpo, se tenía en cuenta lo que razonablemente el esclavo muerto experimentaba para el dominus un daño mayor que el del precio real del esclavo, éste también era estimado, por ejemplo si un esclavo propio que fue instituido como heredero por un tercero y hubiera sido muerto antes de que se hiciera la cretio (Gaius II, 164) de la herencia, entonces, no se estima el daño por el solo precio, sino

también por el monto de la herencia perdida, porque sería injusto que por un esclavo valioso solo fuera resarcido su amo por el daño en sí y no por lo que significa para él desde el punto de vista patrimonial, algo similar me ocurre con el esclavo que es artista plástico o pedagogus conocedor de varios idiomas, por ejemplo, podría también interpretarse que en ese valor del esclavo se comprende lo que el esclavo deja de producir a raíz del perjuicio causado por el daño, siendo tan solo una aestimatio ese valor máximo que tuvo en el año. A la inversa se corre el riesgo por parte del amo, que en el caso de que fuera resarcido por el máximo valor de éste no alcanzare a cubrir el daño por ser grave, pero ocurría esto porque como dije antes eran solo estimaciones. No se puede dejar de mencionar que en caso de la muerte de un esclavo propio en manos de un tercero habilitaba a su dominus a ejercer esta actio o podía perseguir criminalmente al que lo había matado (Gaius IV, 3, 11), la decisión quedaba a su criterio.

Por tanto cuando la ley se refiere a “El máximo valor que hubiere tenido la cosa en ese año”, se entiende que si se matare un esclavo cojo o tuerto, pero que en dicho año estuvo integro la estimación se hace por el valor que tuvo, más por la indemnización resultante sea superior al daño causado (Gaius, III, 214), en las Institutas encontramos varios ejemplos: “También si uno de los gemelos, o un miembro de un grupo de comediantes o de músicos fuera muerto, no se hace solamente la estimación por el muerto, sino que de manera más amplia se computa la depreciación que sufren los otros miembros que sobreviven” (Gaius IV, 3, 10).

VIII. ¿Existe la reparación del daño causado?

Del texto de la Ley Aquilia se desprendería que la acción no es indemnizatoria del daño causado sino que pareciera procede a título de pena, como castigo penal y no como sanción civil, ya que aún no estaba consolidado el derecho en el sentido de reparar el daño y separarlo del aspecto penal.

Se daba la particularidad de que el valor podía resultar ser mayor que el perjuicio ocasionado (Gaius IV, 6, 14). Hay quienes suponen que se restituye así: “no por el monto que tiene el esclavo cuando es muerto sino por el máximo valor que hubiere tenido en ese año” (Gaius IV, 3, 9).

Mientras que en otras fuentes romanas (D, 9, 2, 2 pr.) se establecía que, quien mataba injustamente a un esclavo, esclava ajenos, un cuadrúpedo o a una res, sea condenado a dar al dueño el valor más alto de la cosa dentro del año anterior al acto damnoso. (2) Pero también lo encontramos de la siguiente manera:

“La acción de daño injusto es establecida por la Ley Aquilia, en cuyo primer capítulo se dispone que, si alguien mata injustamente a un esclavo ajeno o a un cuadrúpedo ajeno de cualquier clase de ganado, sea condenado a dar al dueño el mayor valor que esa cosa haya tenido en aquel año” (Gaius III, 215). (3)

En el segundo capítulo se establece una acción para el adstipulator (co-estipulante) que en fraude del stipulator ha liberado al deudor de la prestación de dinero, siendo ésta acción por un monto equivalente, o dicho de otra manera que se hubiera dado por pagado en fraude del estipulante (Gaius III, 215). (4)

Ésta acción ha sido introducida en la ley a título de daño, pero la previsión no era necesaria, ya que la “actio mandati” bastaba a éste efecto, salvo en lo referente a que en caso de que la otra aparte negar la responsabilidad, la acción es por el doble. (La materia de los dos primeros capítulos estaba indiferenciada y que luego cuando apareció el capítulo III se separó el primer tema del segundo, igual se puede observar como en un principio los romanos no distinguieron entre el daño causa-

(2) *Lege Aquilia capite primo cavetur ut qui servum servam ve alienum alium nam ve quadrupedem vel pecudem in iuria occiderit, quanta id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.*

(3) *Damni in iuria e actio constituitur per legem Aquiliam, cuius primo capite, cautum est, ut si quis hominem alienum alienam ve quadrupedem quae pecudum numero sit in iuria occiderit, quanta ea res in eo anno plurimi fuit, tantum domino dare damnas esto.*

(4) *Capite secundo (adversus) adstipulatorem qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quatiea res est, tanti actio constituitur.*

do por un delito y el daño ocasionados de hecho por la conducta de un tercero —*adstipulator*— (Gaius, III, 216).

Numerosos doctrinarios han tratado de establecer las relaciones posibles entre éste capítulo II, con los capítulos I y III, dicha cuestión no se trata aquí porque no forma parte del tratamiento, ajustándose el mismo solo a los capítulos I y III.

En el capítulo III se prevé toda clase de daño. Se establece una *actio* para el caso de que alguien (hubiera causado heridas) a un esclavo o a un cuadrúpedo que se halle comprendido en un rebaño, o matare o causare heridas (a un cuadrúpedo que no se halle comprendido en un rebaño) como por ejemplo un perro o una bestia feroz- como un oso o un león-.

IX. Interpretaciones

Con respecto al capítulo III la ley contempla los daños causados por quemadura, ruptura o fractura, aunque tendría que haberse dicho solamente todo aquello que resulta físicamente dañado (*corruptum*), la palabra es abarcativa no solamente de las mencionadas, sino también las cortaduras, de las contusiones y derramamientos y todo otro hecho de vicio, perención o deterioro de la cosa. Se agrega (Gaius IV, 3,13) que, también resulta penado por éste capítulo aquel que mezclara vinos o aceites ajenos con otra sustancia para alterar su buena calidad. Pero si se tratare del caso de un hombre libre, no se le concede por éste capítulo una acción directa, sino una *actioutilis* para que se le paguen los gastos y el importe de la cesación de su trabajo, pero nada por los dolores que sufre, ni por la cicatrices ni deformidades sobrevinientes (D.9, 2,13; D.9, 1,3, D.9, 3,7.).

También si lo vemos desde ésta óptica:

“Respecto de las demás cosas, sea de esclavo y res que hayan sido muertos, si alguien hiciere daño a otro porque hubiera quemado, quebrado o roto injustamente, sea condenado a dar al dueño el valor que la cosa alcance en treinta días próximos” (D. 9, 2, 27, 5). (5)

En el estudio de estas cuestiones hay quienes lo contrastan con el siguiente texto:

“En el tercer apartado se prevé todo sobre otro tipo de daño: si alguien o matara a un esclavo, o a una pieza de ganado, o incluso no de ganado; por ejemplo un perro, una fiera, un oso, un león. También castiga esta parte de la ley el daño causado injustamente a cualquier otro animal o cosa inanimada. Hay pues, acción para el caso de que algo fuera quemado, roto, estropeado, aunque para ello basta con la denominación de “roto”, ya que se entiende que, dentro de lo roto está incluida cualquier cosa que fuera estropeada de otro modo. Por lo tanto se incluyen dentro de ésta palabra las cosas quemadas, rotas partidas, golpeadas, derramadas y todas las que hayan sido estropeadas, destruidas o deterioradas” (6) (Gaius; III, 217).

En cuanto a la forma en que debía reparar el que causó el daño no es penado en cuanto al monto real de la cosa en el año, sino en cuanto al valor que tuvo la cosa en los treinta días anteriores. Aquí la ley no agregó el término “máximo valor” y por ello algunos pensaron que el *iudex* debía ser libre de elegir —dentro del plazo de treinta días— ya la estimación máxima y la mínima que tuvo la cosa, pero Sabinus decidió que hay que sobreentender que está agregada la palabra máximo en ésta parte de la ley, ya que el legislador ha considerado suficiente —el uso del vocablo en la primera parte— (Gaius, III-218).

(5) *Certerarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit in iuria, quanta ea res erit (fuit) in iebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.*

(6) *Capite tertio de omni cetero damno cavetur. Itaque si qui is seruuum ueleam quadrupedem, quae pecudum numero est (vulnera verit sive eam quadrupedem, quae pecudum numero non est), velut canem, aut feram bestiam, velut ursum, leonem vulna verit vel occiderit, hoc capite actio constituitur. Un ceteris quoque animalibus, item in omnibus rebus, quae anima carent, damnum in iura datum hac parte vindicatur. Si quid enim tum aut ruptum aut fractum (fuerit), action hoc capite constituitur, quam quam potuerit sola ruptu appellation in omnes istas causas sufficere; ruptum (enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum) est; unde non solum usta (aut rupta) aut fracta, sed etiam scissa et colissa et effusa et quoquo modo uitata aut perempta atque deteriora facta hoc verbo continentu.*

Se desprende de ello la falta de proporcionalidad entre el daño efectivamente sufrido y la reparación a título de pena, parecería que se lesionara así la aequitas en la búsqueda del equilibrio entre las contraprestaciones por llamarlo de algún modo, porque la víctima siguiendo con los parámetros que establecía la ley aún siendo víctima del delito podía perjudicar a quién debía satisfacerlo.

El perjuicio se mide, no desde lo económico sino desde lo que es justo. Como también podía ocurrir desde el punto de vista del doble perjuicio a la víctima por la cual la reparación como pena podía ser inferior al daño efectivamente causado.

El capítulo III, se refería al período de “treinta días”, con poca claridad a partir de cuándo se empezaba a contar dicho plazo, tanto en Gaius como en el Digesto la utilización de los términos “*fuert*” (Gaius, III, 218) y “*fuert*” (D. 9, 2, 29, 8) respectivamente indican tiempo pasado, o sea los treinta días anteriores a la realización del daño, teniendo en cuenta para la reparación el valor más alto de la cosa. En el D. 9, 2, 27,5 se utilizó el término “*erit*”, desde éste punto de vista la sanción era contada a partir del daño en los treinta días siguientes. El pasaje dice:

“Si un esclavo hubiera raptado y asesinado a un esclavo ajeno, Juliano y Celso escriben que compete la acción de hurto y la de daño injusto”. (7)

Se interpreta como:

“un ejemplo de la ampliación de la acción de hurto en los casos de destrucción de bienes o de la ley Aquilia” (D’Ors (1997; 436).

X. Requisitos que deben cumplirse

El ejercicio de la acción que emerge de esta ley se va a aplicar en relación al sujeto que causare daño con su propio cuerpo, ya que si el daño se produce de algún otro modo son dadas acciones útiles como por ejemplo si se encerrara un esclavo o una cabeza de ganados ajenos y se los dejara morir de hambre, o si se condujera tan intempestivamente un jumento que el mismo se rompiera un miembro; también, si alguien persuadiera a un esclavo ajeno a ascender a un árbol o descender a un pozo, y ascendiendo o descendiendo se cayera y se matara o lesionara alguna parte del cuerpo; sin embargo si alguien precipitara al esclavo ajeno del puente o de la ribera al río y dicho esclavo se ahogara no puede resultar difícil entender en éste caso, que el daño ha sido ocasionado por el propio cuerpo de aquél que lo ha precipitado (Gaius III, 219). El daño debe ser *corpore corporidatum* (Gaius IV, 3, 16).

1) *CORPORE*: Significa que el daño debe ser producido por el cuerpo del agente ejercido por el agente con su fuerza muscular o movimientos, en forma directa, para dañar la cosa ajena; con mi mano debo empujar al esclavo que cae al río, entonces no se cumple éste requisito y por ello en lugar de otorgarse la acción directa prevista en ésta ley, se le otorgará una *actio in factum* (D.9, 2, 9,3). También se produce éste requisito del daño causado *corpore* “cuando administramos veneno a un esclavo y éste muere, en cambio solo corresponde una *actio in factum* cuando en lugar de administrárselo directamente lo obligamos al esclavo que se lo tome” (D.9, 2, 9).

2) *CORPORI* o *corpore laesum*: significa que el daño debe ser causado sobre el cuerpo del esclavo o de la cosa ajenos, de tal modo que no se cumple éste requisito y por ello no da lugar a la *actio directa*, sino a una *actio in factum*, el caso de aquél que por compasión libera al esclavo ajeno de sus cadenas, de tal modo que escapa o abre la caja adonde está encerrado un pájaro ajeno y éste vuela (Gaius IV, 3,16 in fine). Según éste texto habría alguna diferencia entre las acciones: en caso de que se cumplan los dos requisitos, corresponde la *actio directa*; pero si solo falta el *corpore* corresponde un *actio utilis*, y si además, falta el *corpori* entonces corresponde una *actio in factum*. Sin embargo ésta diferencia entre *actio utilis* —mencionada por Gaius en el párrafo— y *actio in factum*, no coincide con otras fuentes.

(7) Si servus servum alienum subripuerit et occiderit, Iulianus et Celsus scribunt et furti et damni in iuria e competere actionem.

3) Se tenía que tratar de una conducta antijurídica, de similar manera cuando se obraba con dolo o culpa de parte del sujeto que causaba el daño (D. 50, 17, 55. D. 50, 17, 151).

4) El daño debía estar generado por una conducta humana y no por una omisión por ejemplo. La conducta humana vista desde el punto positivo, como la realización de una conducta o la exteriorización de ésta que va a producir resultados o tener consecuencias jurídicas como los casos que se están analizando.

Por lo tanto el daño tiene que ser *corpore corpori*:

“El daño previsto por la *Lex Aquilia* es solamente el causado *corpore corpori*, es decir, el producido con el esfuerzo muscular del delincuente a la cosa considerada en su estructura física. La sanción de la ley no tiene lugar, en consecuencia por la falta de daño *corpore*, si se encierra el ganado en un establo para hacerlo morir de hambre, o si se persuado a un esclavo de que suba a un árbol, ocasionándole de esa manera la caída y muerte. Gaius III, 219” (ARANGIO RUIZ; 1986, 418).

XI. Aplicación de la Lex

Las dos clases de daños, la del capítulo I y las del capítulo III. La acción de la Ley Aquilia es civil y debe aplicarse solamente a los ciudadanos romanos, sin embargo una fórmula ficticia la hizo aplicable a los peregrinos (Gaius IV: 37).

En el derecho Justiniano fue una *actio mixta*, es decir penal y reipersecutoria al mismo tiempo, ya que tendía en lugar a la reparación del perjuicio causado por el delito pero podía procurar además un enriquecimiento a la víctima:

1) Por la diferencia del valor que el objeto hubiera podido tener en un año o en los 30 días anteriores al delito, y;

2) Por la condenación al doble del valor en caso de que el demandado hubiese negado ser el autor del delito.

XII. Los cuasi delitos

En los cuasidelitos como en los cuasi contratos (BONFANTE 1965: 534) encuentra en común con el delito el hecho objetivo. En el derecho moderno reside en la intención del agente, el delito supone por parte de su autor la intención de dañar (dolo); mientras que en el cuasi delito se excluye esa intención, traduciéndose en un simple daño causado por culpa o negligencia del agente.

Se refiere a que, en Roma (CARAMÉS FERRO 1953: 139) la diferencia se debía a una cuestión histórica, los actos ilícitos ya estaban regulados en la Ley de las XII Tablas y los cuasidelitos que también derivan de hechos ilícitos, fueron prohibidos y castigados por causar daños en base a otras normativas que fueron surgiendo con el tiempo, por ejemplo el Edicto del Pretor, estando los siguientes casos:

A-El supuesto del juez que hace suya la causa: Cuando en forma dolosa o negligente, el juez pronuncia una sentencia errónea o ha descuidado su deber, debe reparar el daño causado mediante el pago de una indemnización equitativa (D.5, 1,15, 1.D. 50, 13,10).

B-Las cosas arrojadas o derramadas: El Pretor creó una acción para el caso de que desde un edificio se arrojare un objeto a la calle o a algún lugar público, del cual pueda derivar algún daño. Esta *actio* se podía ejercer en contra del inquilino de la casa, el dueño o habitador. La persona demandada a su vez tenía un recurso para obligar al autor a reembolsarle, con esta acción se estaba obligado a pagarle el doble del daño causado, en caso de muerte se otorgaba una *actio* por ciento cincuenta mil sestercios, (D.9, 3,5.). Ésta regulación fue continuada en su esencia por las Leyes de Partidas: se estableció en la Ley 25 que si bien a veces los hombres arrojan cosas a la calle y si bien no lo hacen con intención de hacer daño, pero en caso de que sí sea de ésta última manera deberá indemnizar por el doble del valor

de la cosa dañada (ropas o paños), recayendo la carga sobre quien more en la casa. De manera similar se procede con respecto a las cosas que suspenden o cuelgan los hosteleros respecto de las cuales se les pide que las cuelguen de cadenas de hierro para que no causen daño a terceros, de acuerdo a lo establecido por la Ley 26 de la Partida 5ta.

C-En lugares que dieran a la vía pública, la colocación o suspensión de objetos de cuya caída pudiese resultar daño. También funcionaba como una contravención ya que antes de la caída del objeto, quién quisiera hacerlo podía ejercer la acción que castigaba al dueño del edificio —o a su habitator— a pagar diez sólidos de oro (D.9, 3,5,6).

D-Responsabilidad de los dueños de los navíos, posadas o caballerizas: Cuando arriba de un barco, dentro de una posada o caballeriza, el personal que trabajaba allí cometía un hurto o causaba un daño en perjuicio de cualquier viajero, la víctima podía iniciar una acción en contra del dueño del navío, hotel o establo, por el duplo del daño causado. Dice Ulpiano (D. 4,9) que la utilidad de éstas medidas es muy grandes porque el viajero está obligado a confiar en estas personas y dejarle sus efectos en custodia; ni siquiera el caso fortuito los liberaba de la acción de restituirlos.

XIII. Desentrañando la esencia de la pena que la separa de la indemnización

La palabra pena desde el punto de vista etimológico “es el respeto por la pureza” (ARAMBURU, 2002: 131), había, aún en los tiempos antiguos delitos que ofendían a los dioses y otros a los hombres.

El castigo era el resultado no solamente de lo que la ley establecía en concordancia con la voluntad de los dioses, sino también de la esencia que surgía del mismo pueblo en forma natural desde antes de la creación de las normas escritas, ello iba unido a la moral, como la repulsa social que causaba que un hijo le levantara la mano a su padre, por mencionar un ejemplo ello surgía de la “romanitas”, ésta era una palabra “que se empleó para dar a entender todo lo que un romano da, su punto de vista y la manera de pensar...es análogo a civilización romana” (ARAMBURU 2005:4). El Estado debía dar respuestas esperadas por los miembros de la sociedad “para liberarse de toda responsabilidad de los dioses, necesitaba que de su parte dictara un decreto por el cual repudiase al delincuente de su comunión con los dioses. El *acqua et ignis interdictio* (8)... purgaba a la sociedad de elementos impuros” (ARAMBURU 2002: 134).

Aún en períodos en que la religión se desprende del derecho, y los romanos adoptaron como filosofía el estoicismo, éste se caracterizaba por el “cumplimiento del deber, la autodisciplina y la sujeción al orden natural de las cosas” (Aramburu 2005; 4), en ellos se basaba la aplicación de una pena dineraria en caso de cometerse delitos o cuasi delitos, la pena entendida como castigo o sanción a la expiación del mal que se había causado a un tercero, no como una indemnización para tratar de volver las cosas al estado anterior a cometer el delito, no se pensaba en aquellos tiempos la restitución en dinero para equiparar la pérdida material o patrimonial sufrida por la víctima.

En lo que hace a la Lex Aquilia, encontramos variadas discusiones doctrinarias relacionadas con el carácter resarcitorio o penal de la misma destacándose las siguientes: “La acción *aquilae* es una acción derechamente reipersecutoria, aunque por el carácter especial que ella adopta la tasación del daño ofrezca cierto matiz penal” (Schom 1927; 420-421). Mientras que otros autores han considerado que “la circunstancia de que la ley se la concediera solo al propietario, revela su inspiración resarcitoria” (Díaz 2001; 272).

El propietario de la cosa dañada no podía recurrir a otra que no fuera ésta Lex ya que la *actio reivindicatoria* solo servía para reclamar la devolución de la cosa propia que estuviese en poder de un tercero, si la misma estaba rota o si era animada o había muerto se aplicaban en la sentencia *reivind-*

(8) El agua y el fuego tenían una significancia religiosa desde el punto de vista de los elementos más puros, por eso la privación del agua y del fuego no era solo un castigo político, sino mostrar que aquél que era privado de ellos era un ser impuro y tenía que ser sacado de la sociedad.

dictoria las disposiciones de la Lex Aquilia, ya había obligación por parte del demandado de restituir la cosa en el mismo estado en que la había recibido, y si no estaban éstas condiciones debía responder por ello.

Es interesante resaltar la doctrina italiana mayoritaria a este respecto: "...estima que la valoración era hacia el pasado (pues la partícula *erit* utilizada en D. 9, 2, 27, 5 se debería a un error de transcripción) y además dicha valoración comprendía tanto a los bienes inanimados, erigiéndose el capítulo III en una cláusula general de daños" (VALDITARA, G. 1994: 822).

XIV. Conclusión

Como hemos visto del análisis realizado surge de Ley Aquilia que la acción que se ejercita no es indemnizatoria del daño que se ha causado sino que se aplica como una pena en base a la tipificación existente en ese momento siendo un castigo penal y no como sanción civil, ya que aún no estaba consolidado el derecho en el sentido de reparar el daño y separarlo del aspecto penal, incluso en algunas circunstancias el valor puede ser mayor que el perjuicio ocasionado.

Para entender ello debemos tener en cuenta que, en los primeros tiempos el derecho penal se hallaba fuertemente influenciado por el *fas* o elemento religioso, el delito era una ofensa a los dioses y la pena se trataba de una expiación, en esos casos había que buscar la forma de apaciguar la ira de los dioses, a los efectos de que las consecuencias no fueran sufridas por la comunidad. Recordemos que, al principio la regulación de las penas estuvo a cargo de los pontífices, se consideraba que con los delitos se violaba el orden temporal y espiritual, la pena vengaba a ambos, por lo tanto la importancia del castigo estaba en esa dualidad o doble violación hecha por el delincuente. Sin embargo con "el paso del tiempo y cuando las sociedades primitivas se van organizando y van evolucionando aparece la necesidad de dictar normas jurídicas que tengan por objeto regular de manera expresa lo que por la razón y la moral las comunidades primitivas venían haciendo desde mucho tiempo" (ARAMBURU, 2005: 5).

Los romanos no tuvieron el espíritu inicial de reparar en el sentido de reponer las cosas al estado anterior a la comisión del delito, al principio se debía castigar al culpable con la aplicación de las normas del Talión pero con el paso del tiempo las normas jurídicas se amoldan a las nuevas situaciones que van apareciendo, y no solo se debía reparar el daño causado por el delito y por los contratos incumplidos sino también por las varias figuras de causa como los cuasi contratos y cuasi delitos se establecían sanciones, de acuerdo a la manera en que fueron evolucionando las normas primero fue regulado por la Ley de las XII Tablas luego por La Lex Aquilia influyendo en las figuras cuasi-delictuales que aparecen posteriormente sin dejar de mencionar la influencia en las Partidas de Alfonso El Sabio.

Surge claramente desde la idiosincrasia romana que la pena está vista como un castigo por transgresiones rechazadas por los miembros de la comunidad, encontrando su fundamento en la moral, desde antes de la existencia de las normas escritas primero unido fuertemente a la religión y a la moral de la "civilización romana" o "romanitas", luego, a medida que pasaron los siglos iba unida a las concepciones filosóficas que abrazaron los romanos pero siguiendo su tradición en su pensamiento.

Si lo pensáramos desde la enseñanza tradicional del derecho romano, la reparación del daño causado tiene sentido penal, si tomamos el capítulo III aquiliano, y si adherimos a la cláusula general de reparación de daños es una aproximación a la actual responsabilidad extracontractual.

El pensamiento social romano o comunitario fue recepcionado por las normas escritas estableciendo penas para esas transgresiones, como castigos no como reparación del daño causado o indemnización como entendemos tal concepto en la actualidad. Lo expresado es muy lejano a la concepción moderna de la indemnización civilista, se podría analizar como un antecedente lejano de las penas pecuniarias de nuestro Código Penal Argentino.

XV. Bibliografía

ALFONSO X EL SABIO. *Las Leyes de Partidas*. Digitalizado por Katharsis.

Disponible en: <http://www.revistakatharsis.org/> [Fecha de consulta: 12/03/2014].

ARAMBURU, Romina del Valle, 2002. "El homo sacer. La manifestación del elemento religioso en el derecho penal"; En: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, XLII, 63.

— La mentalidad del hombre romano, 2005, En: Actas del XVII Encuentro nacional de profesores de Derecho Romano, Facultad de derecho de la Universidad del Comahue, General Roca, 2005, 9-20.

— La Evolución de la reparación del daño moral en la Injuria romana, 2011. En: XVII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, realizado en Lima, Perú, 18, 19 y 20 de julio de 2011. Disponible en: ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/ponencias2011/C12/C12-003.pdf [Fecha de consulta: 10/03/2014].

ARANGIO RUIZ, Vincenzo, 1986. *Instituciones de derecho romano. Traducido de la versión italiana por José Caramés Ferro*. Buenos Aires: Editorial Depalma.

BONFANTE, Pedro, 1965, *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Editorial Reus.

CARAMÉS FERRO, José María, 1953, *Curso de derecho privado romano*. Buenos Aires: Perrot.

DÍAZ BAUTISTA, Antonio, 2001, *La función reipersecutoria de la poena ex lege Aquiliae*. Burgos: Ediciones Universidad de Burgos.

D'ORS, Álvaro, 1997. *Derecho Privado Romano*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.

GAIUS, 1967. *Instituciones. Comentada por Alfredo Di Pietro*. La Plata: Editorial Librería Jurídica.

IGLESIAS, Juan, 1979. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Barcelona: Plaza de Edición.

JUSTINIANO, 1969. *Digesto*. Versión castellana por A. D'Ors Pérez Peix. Pamplona: Editorial Aranzadi.

SCHOM, Rodolpho; 1927, *Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

VALDITARA, Giuseppe, 1994. *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

La codificación del Derecho Romano

POR GASTÓN LEANDRO MEDINA (*)

Sumario: I. Introito. — II. Importancia del fenómeno. — III. Nociones previas. — IV. Primeras manifestaciones: antecedentes del Código Justiniano. — V. Corpus Iuris Civilis. — VI. Colofón. — VII. Bibliografía.

Resumen: Las presentes líneas, configuran una prieta síntesis sobre el llamado fenómeno de codificación del Derecho Romano, dirigida, principalmente, al novel alumno estudiante de Derecho.

En ella, se intentará precisar ciertos conceptos y discernir sus clasificaciones, de modo tal de facilitar el estudio de una temática que resultar ser, al menos en principio, aparencialmente poco atractiva.

Se dará un tratamiento ordenado del fenómeno de codificación, desde sus antecedentes primigenios -incipientes tentativas privadas- hasta la concreción de una de las más perfectas obras jurídicas del mundo antiguo: el código de Justiniano.

Palabras clave: Codificación, Justiniano, Roma.

CODING OF ROMAN LAW

Abstract: These lines form a brown synthesis of the so-called phenomenon of codification of Roman law, aimed primarily at students of law novel.

It will attempt to clarify certain concepts and discern their classifications, thereby facilitating the study of a subject that prove, at least in principle, aparencial unappealing.

An ordered addressing the phenomenon of Codification will, from its earliest history - emerging private attempts - until the realization of one of the most perfect legal works of the ancient world: the code of Justinian.

Keywords: Coding, Justinian, Rome.

I. Introito

Como ya dejamos dicho, el presente trabajo, está destinado al joven estudiante de Derecho, en la convicción de que en sus líneas podrá encontrar una guía de ayuda en la ardua y cautivante tarea del conocimiento del Derecho Romano, durante los primeros años de la carrera.

Desde la perspectiva señalada, el llamado fenómeno de Codificación constituye, sin duda, una cuestión medular de insoslayable tratamiento; ya que sin su acontecer, el resurgimiento del estudio jurídico-científico del Derecho romano, ocurrido en la Edad Media mediante los Glosadores y Comentaristas y, más tarde, a través de la recepción moderna producida a partir del siglo XVI y consolidada en el siglo XIX, hubiera sido inconcebible.

Y de tal forma es ello así, que el objeto de aquel estudio medieval y moderno del Derecho Romano, lo hallamos en el Derecho Romano-Justiniano, o sea, en "*la compilación de leyes y de Jurisprudencia romanas efectuada en el siglo VI, por Justiniano, emperador de Oriente, juntamente con la legislación de este Príncipe*" (BONFANTE, 1959: 54).

Así, luego de precisar el alcance y sentido de algunas nociones fundamentales relativas al tema, trataremos brevemente el contenido y alcance de los antecedentes más relevantes que constituyeron la antesala del llamado *Corpus Iuris Civilis*, para finalmente, referirnos al contenido de este modelo sistémico y acabado de código antiguo.

Antes de finalizar, debemos aclarar, que el fenómeno será abordado desde su rol ordenador de fuentes positivas de regulación, no abarcando este estudio, a las colecciones de fuentes de conocimiento pre-justinianeas, como la *Fragmenta vaticana*, o la *Collatio legum Mosaicorum et Romanorum*.

II. Importancia del fenómeno

Si bien el fenómeno de Codificación del Derecho Romano significó un *ultimatum* a la creación activa de ese Derecho, ya que el *Ius* se cristalizó, perdiendo así su nota dinámica y vital, materializándose en un cuerpo único con carácter general y permanente; sin embargo, revistió una importancia notable para la evolución científica del Derecho Moderno y la labor codificadora europea del S. XIX, posibilitando, la consagración de los llamados Sistemas Jurídicos Continentales, a los que responden la mayoría de los códigos modernos europeos y americanos de tradición romanista. No siendo, por razones patentes, el Código Civil Argentino una excepción a esa regla. (1)

La codificación del llamado Derecho Romano-Justiniano o Romeo-Helénico (2), llevada a cabo por una comisión de expertos en derecho presidida por Triboniano, jurisconsulto de confianza del Emperador Justiniano, representa el arquetipo de Código antiguo que, a partir del año 1583, cuando el sacerdote y jurista Dioniso de Godofredo publicara la primera edición de ese cuerpo legal, fue bautizado para la posteridad con el nombre de *Corpus Iuris Civilis* (Cuerpo de Derecho Civil).

In suma, el fenómeno de codificación en Roma, ha cumplido un doble rol de vital importancia:

En primer lugar, actuando como fuente de estudio doctrinario, contribuyendo a la evolución de la ciencia del derecho y posibilitando su estudio actual, prescribiendo el *curriculum* jurídico-formal, de las más prestigiosas Universidades del mundo, a lo largo y ancho de Europa y América.

En segundo lugar, operando como piedra de toque sobre la cual se redactaron los códigos dieciochescos y decimononos, con el rango de auténtica fuente positiva de Derecho. Y, en ello, radica la trascendencia del Código de Justiniano, que al cumplir el rol de fuente informativa o de conocimiento, vino más tarde a cumplir el rol de fuente positiva y vinculante de Derecho, al consagrarse como derecho vigente en el vasto Occidente.

III. Nociones previas

Antes de pasar al estudio detallado de aquel Cuerpo de Derecho Civil, debemos hacer hincapié en algunos conceptos esenciales, cuya aclaración preliminar, creemos insoslayable para una cabal comprensión del tema.

1. Qué se entiende por fenómeno de Codificación del Derecho Romano

El proceso de ordenamiento sistemático de las fuentes de Derecho Romano, principalmente, de Jurisprudencia Clásica y Constituciones Imperiales —*Iura et Leges*, respectivamente— que se inicia en el periodo clásico (Siglo I), y se desarrolla hasta el periodo post-clásico (Siglo VI), es decir, hasta Justiniano, ha sido denominado fenómeno de codificación del Derecho Romano.

(*) Docente de Derecho Romano, Cátedra II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

(1) Prestigiosos comentaristas nacionales como Llerena, Machado y Segovia, han coincidido en la consideración del Código Civil Argentino, como uno de los códigos modernos más romanistas del mundo jurídico.

(2) Conforme la división del Derecho Romano seguida por BONFANTE (op. cit.)

2. Causa y finalidad del fenómeno

La necesidad de terminar con el caos normativo existente en los albores del Principado, generado por la coexistencia y vigencia simultánea de un sin número de fuentes positivas de regulación, a saber: Leyes comiciales; plebiscitos; edictos; jurisprudencia vinculante; senadoconsultos; etc. Constituyendo esta, sin dudas, la causa fundamental del surgimiento del fenómeno.

La llamada Ley de Citas y el Código Teodosiano, configuraron los primeros paliativos oficiales frente a la narrada situación de confusión fontal, siendo el *Corpus*, el remedio ulterior y definitivo, ante ese estado de cosas.

3. Qué es un Código

Se entiende por Código (*codex o codice*) a todo cuerpo único, ordenado y sistemático de normas jurídicas.

Se diferencia de otras colecciones normativas, como la compilación y la recopilación, por su elevado grado de sistematicidad, ausente en estas.

3.1. Cuerpo único. Se refiere al sustrato material asidero de la obra, configurada por un único cuerpo bajo la forma de libro o cuaderno. Se abandona así el rollo de papel o pergamino, propio del volumen, a favor de una mayor facilidad de lectura y estudio, mediante un trato más cómodo y ágil de la obra.

3.2. Cuerpo ordenado. Significa que respeta un método; con criterios de selección y distribución de normas por tema o época. Ello permite impregnar la obra de un orden, y dividirla en libros, títulos, capítulos, secciones y fragmentos. Así, se facilita su consulta y estudio sobre la base de un índice temático y cronológico. Los códigos modernos han respetado idéntica metodología.

3.3. Cuerpo sistemático. Todo código constituye un sistema, es decir, un todo coherente, en el cual, cada elemento o parte se halla en perfecta armonía y no contradicción con el resto. Ello, refleja un grado avanzado de conocimiento jurídico: El rango de conocimiento científico; sistémico por antonomasia.

La sistematicidad es la nota típica de todo código, distinguiéndolo de otros cuerpos o colecciones, como la compilación o la recopilación, que son asistemáticos, o de una sistematicidad moderada.

IV. Primeras manifestaciones: antecedentes del Código Justiniano

Las primeras manifestaciones del fenómeno en estudio recayeron, principalmente, sobre dos fuentes de derecho vigentes en la época Imperial: Jurisprudencia Clásica y Legislación Imperial.

Por Jurisprudencia —ahora denominada *Iura*—, debemos entender a la elaboración doctrinaria de los principios e instituciones del Derecho Romano, efectuada por los Jurisconsultos del periodo Clásico, momento en que la *iurisprudencia* o ciencia jurídica alcanzó en Roma su máximo esplendor. (3)

No debemos dejar de mencionar, so pena de ser injustos, a juristas de la talla de Sexto Aelio Peto, autor de la "*Tripertita*" (4); Publio y Quinto Scaevola; Cayo Aquilio Gallo; Servio Sulpicio Rufo, o Testa, entre otros; quienes desarrollaron sus investigaciones jurídicas durante el periodo pre-clásico, estableciendo las bases para la elaboración doctrinaria ulterior, mediante relevantes obras privadas que, si bien carecieron de fuerza vinculante siendo meras guías didácticas, constituyeron antecedentes de real trascendencia.

(3) Entre los exponentes clásicos de mayor prestigio se destacan: Papiniano, Modestito, Paulo, Gayo, Ulpiano, Pomponio, Florentino, entre otros.

(4) En el año 198 a C el jurisconsulto y cónsul Sexto Aelio Peto publica las tablas de la Ley, las formulas verbales procedimentales y el Calendario, conocidas bajo el nombre de *Tripertita* o *Ius Aelianum*.

Por legislación imperial —ahora denominada *Leges*—, debemos entender a las Constituciones Imperiales, es decir, aquellas disposiciones emanadas del propio Emperador en ejercicio de su concentrado y vigoroso poder (5).

La doctrina romanista ha clasificado a las constituciones imperiales conforme su contenido y alcance: Así, cuando se trataba de una disposición con carácter general —aplicable a una parte o a la totalidad del Imperio— se hablaba de *Edicta*. Por su parte, *Decreta*, era el nombre que tomaba la sentencia dictada por el Príncipe en competencia originaria, o en grado de apelación. A su vez, se hablaba de *Mandata* cuando se trata de una orden específica dirigida a un magistrado, generalmente de extraña jurisdicción. Y, finalmente, se llamaba *Rescripta* a la respuesta (*responsa*), escrita o verbal, brindada por el Príncipe ante una consulta jurídica, ya sea a requerimiento de un particular, ya de un magistrado. Gozaban de carácter vinculante sólo para el caso concreto. Siendo esta última clase, la forma más coleccionada durante el proceso de ordenamiento sistemático.

La supremacía que adquiere la legislación imperial frente a otras fuentes de Derecho, durante la etapa del Dominado (6), no es casual, sino que ello encuadra perfectamente con la estructura centralizada y unipersonal de la constitución política romana a partir de Diocleciano.

1. *Edicto Perpetuo de Salvio Juliano*

Sin perjuicio de lo dicho, merece mención, el respetable intento de codificación llevado a cabo, en el S. II del Principado, por el emperador Adriano de la dinastía Antonina. Dicho regente fue quien encomendó al jurisconsulto Salvio Juliano la compilación de los principios e institutos jurídicos que, establecidos por los edictos de los magistrados mayores en uso de la *iusdictio*, habíanse acumulado a lo largo de los siglos.

Se trata, sin duda, de uno de los primeros intentos políticos de codificación, que pasó a la historia bajo el nombre de “Edicto Perpetuo de Salvio Juliano” en honor a su autor, y que si bien puso luz sobre las condiciones de conocimiento y aplicación del *Ius*, produjo un inevitable daño colateral, cual fue, el fin de la viva y profusa elaboración-creación de Derecho a cargo de Pretores y Ediles, al cosificarlo y cristalizarlo en un cuerpo único, general y de vocación permanente. Ya que si bien dichos magistrados carecieron de facultades legislativas, a través de su poder político-militar —que era una consecuencia de su sagrada dignidad—, llamado *imperium* (7), pudieron elaborar protecciones para-legales frente a cuestiones de interés hasta el momento desprotegidas, que resultaron de mucha utilidad para el logro de un *Ius* más equitativo o igualador.

Cabe señalar que, como fuente moderna de conocimiento de la fuente clásica *Edicta*, el prestigioso romanista Otto Lenel, es autor de la más seria, fidedigna y sistemática reconstrucción de lo que pudo ser el Edicto Perpetuo. No hablamos de restauración, ya que dicha fuente no ha llegado hasta nosotros, contando sólo con alguno de sus vestigios y otros hechos indicadores (*indicium*).

2. *Ley de Citas*

Entre las colecciones de *Iura* más importantes, encontramos la llamada “Ley de Citas”. Esta obra, fue ordenada y publicada por Teodosio II de Oriente en el año 426, y promulgada por el Senado, para regir en Occidente bajo el imperio de Valentiniano III, entre vítores y aplausos.

(5) Príncipe o Dominus —según la época, Alto o Bajo Imperio, respectivamente— el Emperador, es el reflejo de un cambio de paradigma social y político, cuya causa, la hallamos en el histórico y dificultoso conflicto denominado lucha patricio-plebeya, que hundiera a la República en un caos interior, mediante sangrientas guerras civiles, que repercutirá en las fronteras, creando un clima propicio para la consolidación de un auténtico despotismo de tinte militar, donde el poder será ejercido de forma más absoluta que en la propia monarquía de los primeros siglos.

(6) Dominado, etimológicamente deriva del vocablo latino dominus —que significa amo, dueño o señor— aplicable por añadidura a la figura del Jefe o Señor del Estado Imperial.

(7) Siguiendo a Grimal para quien *imperium* es, antes que mando político-militar, investidura sacro-divina.

Esta colección, de carácter oficial, es un ordenamiento cronológico de Jurisprudencia Clásica, de interesante sistematicidad.

Tiene por finalidad unificar criterios de interpretación jurídica para una aplicación unívoca y adecuada de las normas. En este sentido, otorga fuerza de ley a las opiniones de cinco Juristas clásicos (Papiniano, Ulpiano, Modestito, Paulo y Gayo), haciendo prevalecer por sobre todas ellas la de Papiniano (8).

Se consagra la siguiente regla vinculante: Siempre deberá estarse a la opinión de la mayoría. Pero cuando exista empate, prevalecerá la opinión de Papiniano, considerado el más grande jurisconsulto de todos los tiempos. Empero, ante el silencio de éste último sobre la cuestión traída no mediando mayoría, o en casos de laguna doctrinaria general (ninguna opinión sobre el tema), recién allí, el Juez estaba habilitado a decidir en libertad conforme su prudente arbitrio.

La regla se sintetiza así: *“Papiniano vence a cada uno, pero cede ante todos”*.

La importancia de esta compilación radica justamente en su carácter vinculante, ya que las obras que la precedieron carecieron de ese matiz, siendo meras guías inspiradoras y facultativas, que brindaban un marco de libre acción al operador jurídico. Porque las primeras colecciones de jurisprudencia fueron verdaderos emprendimientos privados, no oficiales, con fines didácticos más que políticos (9).

En síntesis, mientras las opiniones de los jurisconsultos no fueron de observancia obligatoria, la compilación que de ellas se hiciera careció de tal fuerza. Pero, en cuanto aquellas opiniones revistieron vigor legal, misma suerte corrieron sus colecciones.

En este sentido, ya desde Augusto, aunque con mayor ímpetu desde Adriano, mediante la concepción del *Ius Publice Respondendi ex Autoritatis Principi*, la opinión de los juristas investidos de esa pública potestad, adquiere rango de fuente vinculante (formal) de Derecho, bajo el nombre de *Responsa Prudentium* (10).

Por su parte, entre las colecciones de constituciones imperiales o *Leges* más relevantes que precedieron al Corpus Iuris, encontramos el Código Gregoriano, el Hermogeniano y el Teodosiano.

3. Códigos, Gregoriano y Hermogeniano

El Código Gregoriano fue una compilación del tiempo de Diocleciano, que versó sobre constituciones imperiales dictadas desde la época de Adriano hasta la de Diocleciano, esto es, desde el año 196 al año 296.

Fue un intento de codificación, de sistematicidad moderada, no oficial sino privado y sin fines gubernamentales. Se dividía en 15 libros, que su vez, estaban divididos en títulos rubricados, dentro de los que se ordenaban las *leges* o constituciones, cronológicamente. Al no ser oficial, careció de vigor legal.

Por su parte, el Código Hermogeniano, que también compiló constituciones imperiales del propio Diocleciano, vino a complementar y a actualizar a su predecesor. Contiene un solo libro, que ordena rescriptos del mentado emperador. Careció de fuerza de ley, al igual que su anterior, es decir, no llegó a ser fuente vinculante de derecho.

(8) Jurista del siglo III — Asesinado por Caracalla, hijo de Septimio Severo, al negarse justificar jurídicamente el fratricidio cometido sobre su hermano Geta.

(9) Como por caso, las Reglas de Ulpiano, las Sentencias de Paulo, las Instituciones de Florentino, Paulo y Papiniano, las Institutas y el Epicteto de Gayo, entre otros).

(10) Las opiniones de los más sabios juristas (prudens).

4. Código Teodosiano

Como fue anticipado, este cuerpo fue ordenado y publicado por Teodosio II de Oriente en el año 438. Fue fruto de un emprendimiento oficial, a diferencia de los anteriores, por lo que gozó de carácter vinculante frente a los operadores jurídicos. Compiló constituciones imperiales desde Constantino “El Grande”, hasta Teodosio II de Bizancio y Valentiniano III de Occidente, inclusive.

Contiene dieciséis libros, divididos en títulos y secciones, conforme el tema de estudio, dentro de los que se ordenan las fuentes según la época. Trata sobre instituciones de Derecho Público y Privado.

Constituye el antecedente más relevante del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, juntamente con la llamada Ley de Citas del 426.

Finalmente, llegamos al Código Justiniano.

V. Corpus Iuris Civilis

En el año 527, Justiniano asciende al trono del Imperio de Bizancio en la región extrema de Oriente, con un ambicioso plan de restauración política, religiosa, militar y legislativa.

En dicho contexto y a dicho fin, encomienda, a una comisión oficial integrada por expertos en derecho de las escuelas de leyes de Berito (Beirut/Líbano) y Constantinopla (Istambul/Turquia), la elaboración de un cuerpo único de derecho civil vigente; de carácter mixto, es decir, un compilado de legislación imperial (*leges*) y jurisprudencia Clásica (*Iura*); bajo la dirección de su jurista y ministro de confianza, Triboniano. La ardua tarea codificadora, se extendió desde el año 528 hasta el 535.

Como ya dijimos al inicio de este modesto trabajo, dicha obra codificadora representa el modelo más avanzado de *Codice* antiguo.

Dicha empresa partió, como piedra de toque, de dos antecedentes de carácter oficial: El Código Teodosiano y la Ley de Citas.

La sanción de su cuerpo normativo fue gradual y en la medida de su elaboración por aquella prestigiosa comisión, siendo el *Codex*, la primera parte en ser sancionada (año 529), a la que siguieron otras tres.

En total fueron sancionadas cuatro partes fundamentales; a saber:

1. Código.
2. Digesto o Pandectas.
3. Institutas.
4. Novelas.

1. Código

Se distinguen, el *Codex Vetus* y el *Codex Novus*. Dicha compilación sistémica, jamás fue aplicada, no obstante su sanción en el año 529, como dijimos. Por dicho motivo, fue reemplazado por una versión mejorada sancionada en el año 534, que se denominó *Codex Novus*, en contraposición a su anterior, *Codex Vetus* (antiguo).

Por tal razón, el contenido de este primer código, no ha llegado hasta nosotros, salvo su índice, hallado en el papiro de Oxirrincó.

Sin perjuicio de ello, se sabe que contenía una *collectio de leges* consideradas derecho vigente, al tiempo de su sanción, con las supresiones y/o modificaciones que fueren necesarias conforme las actuales necesidades sociales.

El emperador otorgó, a la prestigiosa comisión, facultades extraordinarias para suprimir, enmendar, corregir, suprimir, aclarar, etc.; todo aquello que atentara contra la armónica sistematización de las normas objeto de codificación; lo que resultó una verdadera novedad para la época, y evidenció, la presencia de una profunda vocación reformista y uniformadora. Dichas alteraciones y adiciones, fueron llamadas interpolaciones (11).

Por su parte, el *Codex Novus* [535], presenta una metodología que divide a la obra en doce (número cabalístico) libros, divididos a su vez, en títulos con sus respectivas rúbricas, ordenados en fragmentos o leyes.

Contiene, en orden cronológico, constituciones imperiales desde la época de Adriano hasta el propio Justiniano.

Su contenido ha llegado a nuestros días, como auténtica fuente de conocimiento, a través de los descubrimientos de los palimpsestos de Verona, Pesaro y Monte Casino (convento de San Benito).

2. *Digesto o Pandectas*

Digesto significa en latín “sistema”, y Pandecta, que tiene raíz griega, significa “cuerpo que contiene todo”; “unidad”; “totalidad”.

El emperador Justiniano, luego de la compilación de las *leges*, se aboca al ordenamiento de los *Iura*, y a tal efecto sanciona en el año 330 el Digesto, que constituyó una compilación ordenada y sistemática de Jurisprudencia Clásica.

La materia a codificar, estuvo dada por los responsa de los antiguos prudentes dotados del *ius respondendi*, y que a la fecha estuvieran vigentes.

Respetando la misma línea reformista, el emperador facultó a la comisión redactora, a realizar todas las modificaciones, sobre las fuentes clásicas, que estimen menester en pro de la coherencia y vigencia del cuerpo y las exigencias de la realidad cambiante (*interpolaciones*).

Se hallaba dividida en siete (número cabalístico) partes, a su vez sub-divididas en un total de cincuenta libros. Es la parte más voluminosa del *Corpus* y una de las más ricas y valiosas desde el punto de vista jurídico. Sin dudas, configura un estudio profundo de los principios que rigen los institutos jurídicos romanos, a partir de la cita ordenada y sistemática de fragmentos de obras de los juristas clásicos más relevantes, como los de la Ley de Citas, entre otros. Sin embargo, Justiniano se apartó de la regla de prelación vinculante dispuesta por aquella, estableciendo una igualdad entre los prudentes clásicos receptados en dicho cuerpo.

A su vez, se respetó el orden temático seguido por el Edicto Perpetuo, que había servido ya, para la elaboración del *Codex*.

Fue la parte del *Corpus*, en cuyo estudio, se basó la recepción del Derecho Romano en la Edad Media.

3. *Instituciones*

Constituye un ordenamiento sistemático de fragmentos de obras doctrinarias de Jurisconsultos Clásicos (Institutas de Papiniano, Florentino, Ulpiano, Marcelo, Paulo y Gayo), que configuraban una síntesis teórica de preceptos e instituciones de Derecho Romano con fines didácticos y académicos, sin vigor legal.

Las Institutas de Justiniano, tal como se las conoce, fueron sistematizadas por eximios maestros de las escuelas de Constantinopla y Berito, integrantes de la comisión: Triboniano, Doroteo y Teófilo, cada uno de ellos con sus discípulos ayudantes. Al igual que sus antecesoras, que le sirvieron de base, originariamente estuvo destinada a la enseñanza del Derecho a los jóvenes estudiantes, adquiriendo

(11) Vocablo proveniente del término latino interpolis que significa renovar o rehacer.

luego, gozando del método propio de los manuales, pero a diferencia de ellos, este tuvo fuerza vinculante.

El método seguido fue igual al empleado en las partes precedentes: división de los temas en libros, títulos rubricados, secciones, fragmentos, y párrafos numerados.

Fue sancionada en el año 533.

4. *Novelas*

Está compuesta de apéndices de constituciones imperiales dictadas por el propio Justiniano, luego de sancionadas las partes —reseñadas— del *Corpus*, en el año 535.

El propio emperador, temeroso de que su obra maestra fuera objeto de agregados y modificaciones futuras, que afectaran la perfección del sistema, ordenó mediante una constitución imperial, que toda constitución dictada con posterioridad a la sanción del *Corpus*, debía integrar un cuerpo autónomo, que con el tiempo se lo llamó *Novelas*.

Además de compilar *leges* del propio Justiniano —más de un centenar entre los años 535 y 565— se ordenaron disposiciones emanadas de los emperadores que lo sucedieron.

VI. Colofón

Muerto Justiniano en el año 565, su obra configuró el arquetipo de supervivencia, no sólo al vencer los efectos aniquiladores del tiempo, sino por sobre todo, trascendiendo culturalmente las propias fronteras del pueblo para el cual fue pergeñado, y adquiriendo su característica más distintiva: la universalidad.

Evidenciar cual fue el destino y la influencia de la obra Justiniana en los sistemas jurídicos modernos, equivale a la elaboración de otro trabajo que, tan sólo por ahora, quedará pendiente.

VII. Bibliografía

ARANGIO RUIZ, Vincenzo, 1952. *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de José M. Caramés Ferro a la 10ª ed. italiana. Buenos Aires: Depalma.

BONFANTE, Pietro, 1951. *“Instituciones de Derecho Romano”*. Madrid: Instituto Editorial Reus. 2ª Ed.

— 1951. *“Historia de Roma”*. Madrid: Instituto Editorial Reus. 2da Ed.

GAIUS, 1967. *“Instituciones”*. Traducción y comentarios de Alfredo Di Pietro. La Plata: Librería Jurídica.

GRIMAL, Pierre, 2008. *“La civilización Romana”*. Buenos Aires: Paidós.

KRIEGLER-HERMANN-OSENBRUGGEN, 1889. *Cuerpo del Derecho Civil*. Traducción. De D. Idelfonso L. García del Corral. 1ra Parte INSTITUTA - DIGESTO. Barcelona: Ed. Jaime Molinas.

Teoría Ecológica del Derecho versus Teoría Pura del Derecho - Cossio Versus Kelsen

POR MIRIAM GASSNER y THOMAS OLECHOWSKI (*)

TRADUCIDO POR CARLOS ENRIQUE PETTORUTI (**)

Sumario: I. Introducción. — II. Carlos Cossio. — III. Características fundamentales de la Teoría Ecológica. — IV. La posición de Kelsen sobre la interpretación ecológica de la Teoría Pura del Derecho.— V. “Kelsen meets Cossio”. Gira sudamericana de Kelsen, 1949. — VI. Coincidencias y oposiciones entre ambas teorías jurídicas. — VII. La continuación de la teoría de Cossio: la Teoría Ecológica hoy. — VIII. Bibliografía.

Resumen: Hans Kelsen y Carlos Cossio, como autores de la Teoría Pura del Derecho y la Teoría Ecológica del Derecho respectivamente han tenido puntos de semejanza y diferencia que deben ser considerados. La visita de Kelsen a la Argentina en el año 1949 en el marco de su gira por Sudamérica fue el ámbito en el cual estos juristas se encontraron personalmente y debatieron acerca de estos puntos.

Esta gira también contribuyó a que muchos de sus discípulos tuvieran contactos recíprocos y que la Teoría Pura del Derecho fuera conocida en los ámbitos académicos argentinos no solamente por las interpretaciones de la Teoría Ecológica, sino también por la directa presencia de Hans Kelsen en las aulas universitarias.

Palabras clave: Teoría Pura del Derecho-Teoría Ecológica-fundamentos-diferencias.

ZUSAMMENFASSUNG

Hans Kelsen und Carlos Cossio, als Autoren der Reinen Rechtslehre und der Elogische Rechtslehre haben jeweils Ähnlichkeiten und Unterschiede, die berücksichtigt müssen. Kelsens Besuch in Argentinien im Jahr 1949 in dem Rahmen seiner südamerikanische Reise wurde die Gelegenheit, in dem diese Juristen sich persönlich trafen um diese Punkte zu diskutieren.

Diese Reise ermöglichte auch dazu, dass viele seiner ehemaligen Studenten sich in Kontakt stellten und die Reine Rechtslehre in die argentinische akademische Kreise nicht nur durch die Interpretation der Elogische Theorie bekannt wurde, sondern auch wegen Kelsens Anwesenheit in unsere Universitäten.

(*) Nota de los autores. Este trabajo contiene conclusiones del proyecto “La vida de Kelsen en América y la difusión mundial de su Teoría del Derecho”, promovido por el Fondo de Ciencias FWF; especialmente, en el marco de ese proyecto, en marzo de 2012 se realizó un viaje de investigación a Latinoamérica, en el cual fue posible efectuar una ronda de entrevistas a testigos de la época, respecto de las cuales se hará referencia más adelante. Los autores agradecen a la Sra. Dra. Tamara Ehs por sus valiosas indicaciones, especialmente respecto de la actividad de Kelsen en Harvard, así como también respecto de la conferencia en Cuba del año 1941.

(**) Profesor titular ordinario de Introducción al Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad nacional de La Plata. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y corresponsal internacional del Hans Kelsen-Institut de Viena.

**STICHWORTE: REINE RECHTSLEHRE - EGLOGISCHE THEORIE -
GRUNDLAGEN - UNTERSCHIEDE**

Indudablemente el año 1949 representó un importante hito, no solo para la entonces naciente egología sino también para toda la filosofía jurídica argentina. Hans Kelsen pronunció una serie de conferencias en la Universidad de Buenos Aires y el 23 de agosto de ese año Kelsen visitó la Universidad de La Plata.

En dicha oportunidad, y haciendo especial reconocimiento a la importancia dada a la Ciencia del Derecho en la Argentina a través de la epistemología, la educación filosófica y el derecho comparado, Kelsen se ocupó de desarrollar y profundizar extensamente sobre su idea de Ciencia del Derecho como ciencia social normativa, el derecho como objeto de la Ciencia del Derecho y el derecho como orden constrictivo.

Obviamente la presencia de Kelsen en la Argentina, y especialmente en la Universidad de La Plata, le brindó una nueva dimensión a la Teoría Pura del Derecho. Si bien con anterioridad a su visita ya se conocía y debatía sobre ella, especialmente a través de lo que fue la primera edición de la Teoría Pura, la presencia del maestro originó enriquecedores debates y nuevos planteos de posiciones teóricas.

A partir de esos debates quedó establecido claramente el perfil marcadamente distintivo entre la Teoría kelseniana y la Teoría Ecológica. Si bien esta última se fundó poderosamente en los principios teóricos de Kelsen, el maestro vienés personalmente se ocupó en remarcar las diferencias.

Una de esas divergencias es respecto de lo que Kelsen entendía como resabio metafísico en la Teoría Ecológica. Kelsen trató de hacer la Teoría del Derecho sin recurrir a la hipótesis metafísica de la libertad pues entendía que el mundo se presenta en el marco de un total determinismo, sin ningún lugar de excepción, y se preocupó por construir una teoría del Derecho sin recurrir a esa hipótesis.

También remarcó su diferente idea acerca de la naturaleza y función de la cópula “deber ser”, y explicó que creó a ésta, para que fuera usada exclusivamente en relación con los actos creadores de normas que realizan los órganos jurídicos, o sea para conocer estos actos y nada más. Entendía que cualquier otro uso que se le dé más allá de ese limitado campo, ya no pertenecía a la Teoría Pura del Derecho.

Otras divergencias existieron respecto de la estructura de la norma jurídica, que para Cossio comprendía al deber y a la facultad, y su idea de justicia como creación de igualaciones en libertad.

Todo ello terminó por marcar definitivamente las distintas visiones de ambas teorías. Pero lo paradójico es estas diferencias no deben entenderse como una separación, sino que sirvieron para unir y continuar las influencias de la Teoría Pura del Derecho y de la preocupación por la ciencia del derecho en varias generaciones posteriores de juristas e investigadores, en los ámbitos universitarios argentinos.

Así, en la Universidad de Buenos Aires se destacaron especialmente las investigaciones y estudios de José Vilanova, continuador de la egología en una línea existencialista, y para quien las normas constituían una proyección de la conducta. También en el mismo ámbito universitario, luego del alejamiento de Cossio, se destacó su discípulo Ambrosio Gioja, quien sobre las bases del criticismo kantiano se apoyó en las concepciones de Kelsen y de Cossio.

Otros destacados profesores y iusfilósofos como Genaro Carrió, Ernesto Garzón Valdés, Moisés Nilve (quien realizó la traducción del idioma francés de la Teoría Pura del Derecho), Roberto Vernengo, Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin y Carlos Nino, entre muchos otros, contribuyeron a brindar varias orientaciones a la filosofía jurídica, desde un enfoque analítico en distintas perspectivas: lógico-formal, ética, lingüística y epistemológica, que, aún con distintas bases filosóficas, nunca dejaron de tener en cuenta los importantes aspectos planteados por Kelsen.

En el ámbito de la Universidad Nacional de La Plata, los continuadores y discípulos de Cossio fueron Mario Alberto Copello, Ernesto Eduardo Borga, quien estuvo también a cargo de la cátedra de Filosofía del Derecho en La Plata, y fue director del Instituto de Cultura Jurídica, Julio César Cueto Rúa, profesor de destacada intervención en las universidades de Buenos Aires y de La Plata, y en Dallas y Baton Rouge (EEUU), Abel Javier Arístegui, que es otro destacado profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de La Plata. Formado en los comienzos originarios de la Teoría Ecológica, no obstante lo cual efectuó una importante crítica a esta teoría en su libro "Oposiciones Fundamentales a la Teoría Ecológica del Derecho", María Teresa López y Elisa Méndez quienes también siguieron la línea kelseniana en la Universidad de La Plata. Ambas fueron profesoras de Introducción al Derecho y desde sus cátedras difundieron las ideas de la Teoría Pura del Derecho, las que desarrollaron con profundo conocimiento y espíritu crítico, ya que ambas se ocuparon no sólo de los aspectos ontológicos y lógico-normativos (en los cuales siguieron las ideas de Kelsen), sino también de la problemática axiológica del Derecho.

Seguramente quien más ha contribuido en los últimos años a la conformación de una escuela iusfilosófica de perfiles propios en la Universidad de La Plata ha sido Juan Carlos Smith, quien estuvo a cargo de la cátedra de Filosofía del Derecho y también fue Director del Instituto de Cultura Jurídica de la Facultad. Su libro "El desarrollo de las concepciones jusfilosóficas" constituye el más claro reflejo de su pensamiento filosófico amplio. Smith se fundó en los aspectos teóricos y metodológicos de la Teoría Pura del Derecho, aunque por la influencia de la Ecológica y de la fenomenología existencial su concepción ontológica del Derecho difiere en algunos aspectos de la obra de Kelsen.

En síntesis, la marca que en la Argentina dejó la Teoría Pura del Derecho ha sido indeleble, y permanece viva y actual. Y una manifiesta prueba de ello es el trabajo cuya presentación introductoria aquí formulo.

En el mes de marzo de 2012 llegaron a la Argentina el Prof. Dr. Thomas Olechowski, director del Hans Kelsen-Institut de Viena y la investigadora Mag. Miriam Gassner, con quienes he tenido el gusto de compartir parte de su estadía en la ciudad de La Plata, en su visita a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, donde el Prof. Dr. Olechowski pronunció la conferencia "Investigaciones biográficas sobre Hans Kelsen", el 28 de marzo de 2012, y acompañando a ambos docentes en algunas de las entrevistas de investigación que realizaron, entre ellas, al Prof. Dr. Abel Javier Arístegui en el Instituto de Cultura Jurídica de la Facultad.

He recibido recientemente un ejemplar de la publicación efectuada en la revista "Rechtstheorie" que refleja el intenso e interesante trabajo investigativo que realizaron, y me pareció muy importante contribuir a su difusión, por cuanto si bien mucho sabemos acerca de las ideas de Kelsen y de Cossio, nuestras conclusiones han sido producto de nuestra experiencia "argentina". Aquí, ambos profesores presentan una visión distinta a la elaborada en nuestras aulas, congresos y diversos ámbitos de debate académico. Es una visión de la Teoría Ecológica en su confrontación con la Teoría Pura del Derecho desde la perspectiva Vienesista. De allí que el lector encontrará un particular enfoque acerca de la ecológica tanto desde el punto de vista teórico como desde el punto de vista político y social en el cual se desarrolló, visión que en este trabajo de traducción he tratado de respetar en la forma más fidedigna posible, más allá de las opiniones divergentes que pudiera suscitar.

I. Introducción

En el año 1934, cuando Hans Kelsen (1881-1973) publicó su primera edición de la *Teoría Pura del Derecho*, el entonces decano de la Escuela de Derecho de Harvard lo caracterizó como "el jurista líder de este tiempo" (POUND, 1933:525), y el 18 de septiembre de 1936 Kelsen obtuvo el título de Doctor Honorario de la Universidad de Harvard. La alta distinción con la cual fue reconocido difiere del destacable contraste con el que Kelsen fue considerado por las universidades europeas en esa misma época: en 1930 debió abandonar Viena debido a numerosos tratamientos hostiles y se dirigió hacia Colonia, de donde también fue expulsado en 1933 por el Nacionalsocialismo, que también le imposibilitó desempeñarse en la Universidad Alemana de Praga en el año 1938 (OLECHOWSKI - BUSCH,

2010:1106). En Ginebra, donde Kelsen vivió entre 1933 y 1936 y nuevamente a partir de 1938 (BERSIER LADAVAC, 2009:289), no tuvo ningún trabajo fijo, y debió por ello pensar que tarde o temprano, también Suiza sería víctima de la agresión de Hitler. En 1938 comenzaron los intentos de Kelsen para emigrar a los Estados Unidos; en junio de 1940, juntamente con su esposa dejó atrás Europa y viajó a los Estados Unidos (FEICHTINGER, 2009:321). Como en otros casos similares, la Nueva Escuela de Investigación Social de Nueva York fue la que envió a Kelsen una invitación “pro forma” para posibilitar su ingreso al país. La verdadera meta del viaje de Kelsen era Harvard, donde por ese entonces Pound estaba organizando exitosamente la cátedra de Oliver Wendell Holmes, y pensaba confiar esa actividad docente a Kelsen para el año académico 1940/1941 (EHS - GASSNER, 2009:321). Con esta actividad y con medios de la Fundación Rockefeller estaba asegurada a corto plazo la existencia del matrimonio Kelsen. Se logró también que Hans Kelsen dictara cátedra un segundo año, 1941/1942 en Harvard.

“El Presidente declinó la posibilidad de extender a un tercer año mi cargo (...); su fundamento fue que una nueva extensión generaría una obligación moral de la Universidad a mantenerme como profesor permanente, y que no había ninguna cátedra disponible para mí” (KELSEN, 1947:44).

El emigrante, que ya por esa época tenía más de 60 años, se vio obligado a encontrar una actividad docente en otra universidad, y finalmente recibió una invitación desde Berkeley, para dar clases como profesor invitado de la Universidad de California. Allí le fue posible asentarse exitosamente; en 1945 Kelsen fue nombrado profesor titular, y allí enseñó hasta alcanzar la edad de su jubilación en 1952.

Aunque no fue la Escuela de Derecho de Berkeley el sitio efectivo de Kelsen, sino el Departamento de Ciencias Políticas. El profesor de Harvard Thomas R. Powell dijo en una carta sobre el pensamiento del Departamento de Ciencia Política:

“Kelsen no es en absoluto un abogado desde nuestro punto de vista americano, sino un filósofo y sociólogo (...) sería más aceptable como profesor en el Departamento de Gobierno”. (1)

También Kelsen razonaba que

“el derecho como objeto del conocimiento científico... pertenecería más a una facultad de filosofía, historia o ciencias sociales” (KELSEN, 1949:45).

“Esta visión no debe hacernos pensar que la Escuela vienesa de la Teoría del Derecho creada por Kelsen no haya tenido repercusión alguna en los Estados Unidos; la Teoría Pura del Derecho permaneció en una “senda no tomada” (TELMAN, 2010:353).

Su desarrollo en Angloamérica presenta un agudo contraste con Latinoamérica, donde Kelsen hasta la actualidad es uno de los teóricos del derecho más popular, y donde su *Teoría Pura del Derecho* es obligatoria para la cultura jurídica de los estudiantes de varias facultades de derecho. La enorme difusión de la teoría de Kelsen se debe agradecer en alto grado al iusfilósofo argentino Carlos Cossio (1903-1987), cuya Teoría Ecológica del Derecho se entendió como una continuación de la Teoría Pura del Derecho, un punto de vista que, como seguidamente se expondrá, Kelsen mismo no compartió, y en el año 1949 condujo a una muy publicitada y trascendente discusión entre ambos juristas.

II. Carlos Cossio

Cossio estudió ciencias jurídicas en la Universidad de Buenos Aires, y se anexó por ese entonces al movimiento de reforma universitaria. En 1927, Cossio escribió una disertación (2) en la cual también se ocupó del movimiento de la reforma estudiantil. Al finalizar sus estudios Cossio comenzó a traba-

(1) POWELL, Thomas R., Cartas a Raymond G. Gettell del 9/1/1942, Universidad de Berkeley, California, archivo personal Kelsen.

(2) El texto de esa disertación es “La Reforma Universitaria o el Problema de la Nueva Generación”, Buenos Aires, 1927.

jar en el Banco Nación, un cargo que siguió manteniendo aún luego de asumir como profesor en la Universidad Nacional de La Plata en 1934. (3)

La Teoría Pura del Derecho de Kelsen comenzó a difundirse tempranamente a inicios de la década de los años 30, y probablemente con motivo de la creciente inmigración europea en la Argentina (4). Un rol importante y especial tuvieron los numerosos juristas —y filósofos (5)— españoles expulsados durante la Guerra Civil Española (seguida luego por la dictadura de Franco); sea como fuere, desde 1933 —aun antes de su primera publicación en 1934— se tradujeron al español y se publicaron extractos de la Teoría Pura del Derecho, de Kelsen a través de la obra *Método y conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho* del ex alumno de Kelsen Luis Legaz y Lacambra (LEGAZ Y LACAMBRA, 1933:83). De esta manera, a mediados de la década del 30, Cossio comenzó a prestar atención a Kelsen. En su trabajo de 1936 *El Concepto Puro de Revolución*, Cossio hace especial referencia por primera vez a la Teoría Pura del Derecho de Kelsen. (6)

A partir del año 1937, el ex alumno de Kelsen Josef Laurenz Kunz, quien desde 1934 era profesor en la Universidad de Toledo (Ohio), comenzó a ocuparse de la Iusfilosofía latinoamericana de esa época (KAMPHOFER - KUNZ, 2008:243). Numerosos viajes de investigación llevaron a Kunz entre otros lugares a la Argentina, donde bien a finales de los años 30 hubo de conocer a Carlos Cossio. Es posible que en razón del vínculo de conocimiento con Josef Kunz, se hubiera producido el contacto epistolar entre Carlos Cossio y Hans Kelsen, pues a partir de 1937 —tiempo en el cual Josef Kunz llevó a cabo su estadía en la Argentina—, Cossio por su propia cuenta entró en contacto epistolar con Kelsen y le envió en forma regular cada uno de sus trabajos en los cuales se hubiera ocupado de Kelsen y su Teoría Pura del Derecho (COSSIO, 1948:1, y SARLO, 2010:400). La circunstancia de que Kelsen no hablara español y Cossio no hablara alemán ni inglés, y que ambos pudieran comunicarse con la ayuda de un tercero motivó que prontamente surgieran problemas de comprensión y desentendimientos (SARLO, 2010:413).

No es seguro cuando se produjo un primer encuentro personal entre Kelsen y Cossio. Cuando en el año 1941 Kelsen viajó a Cuba invitado por el gobierno cubano a raíz de gestiones de la Fundación Rockefeller para participar del 15 al 22 de noviembre de 1941 de la Segunda Conferencia Americana de Comités Nacionales de Cooperación Intelectual, a su finalización surgió una pregunta hecha por la Fundación Rockefeller a Kelsen acerca de si en Cuba se había encontrado con Carlos Cossio y si disponía de datos de contacto sobre él. (7) Como surge de más correspondencia sobre esa ocasión, Kelsen transmitió datos de contacto de Cossio (8), lo cual hace suponer que Kelsen y Cossio se hubieran encontrado en 1941 en Cuba —al menos brevemente—. Por otra parte, en ninguno de sus trabajos publicados en 1949 Cossio menciona que se hubiera encontrado personalmente con Kelsen, sino que siempre se refiere a la correspondencia mantenida entre ellos. En atención al detalle con el cual Cossio escribe acerca de su correspondencia con Kelsen, es muy contradictorio pensar que si en 1941 efectivamente hubiese habido un encuentro entre Cossio y Kelsen y Cossio no hiciera referencia al mismo. (9)

(3) Como refirió quien fuera alumno de Cossio y luego profesor de la Universidad Nacional de La Plata, Abel Arístegui, durante su tiempo de trabajo en el Banco Nación no hizo otra cosa que pensar en filosofía jurídica. Entrevista con Abel Arístegui del 28 de marzo de 2012 en la Universidad Nacional de La Plata. Nota del traductor. La entrevista se realizó en el Instituto de Cultura Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

(4) Entrevista con Roberto Vernengo del 26 de marzo de 2012 en Buenos Aires.

(5) Un ejemplo para mencionar es José Ortega y Gasset, quien a fines de los años 30 inmigró a la Argentina e influyó persistentemente a la comunidad filosófica.

(6) COSSIO, Carlos, *El concepto puro de la revolución*, Barcelona, 1936.

(7) Centro de Archivos Rockefeller, Colección RF, Grupo de Registros 1.1., Serie 2003, Caja 344, Carpeta 4089.

(8) Centro de Archivos Rockefeller, Colección RF, Grupo de Registros 1.1., Serie 2003, Caja 344, Carpeta 4089.

(9) En ningún otro lugar se encuentra referencia acerca de que Cossio hubiera participado en 1941 en la Conferencia de Cuba; tampoco menciona nada Eduardo GARCÍA MAYNEZ, *Introducción a la lógica jurídica*, México,

En 1941 inmigró a la Argentina el destacado alumno de Kelsen, Otto E. Langfelder, quien como traductor de Cossio tuvo un rol importante en la disputa que sobrevendría acerca de la correcta interpretación de la Teoría Pura del Derecho, y se sumó al círculo entorno a Carlos Cossio, al cual pertenecían iusfilósofos como Ambrosio Lucas Gioja, Julio César Cueto Rúa, Genaro Carrió, José Vilanova, Enrique Aftalión y Abel Arístegui (PETTORUTI, 2010:227). Contemporáneamente a la llegada de Langfelder a la Argentina, Cossio redactó en 1941 el prólogo de la primera traducción completa de la Teoría Pura del Derecho, en el cual por primera vez trazó las ideas básicas de la interpretación egológica de la Teoría Pura. Kelsen felicitó a Cossio con motivo de su prólogo a la Teoría Pura del Derecho (COSSIO, 1948:1), lo cual Cossio interpretó como la aprobación de Kelsen a sus ideas fundamentales acerca de la interpretación egológica. Fortalecido por el elogio de Kelsen, Cossio continuó agudizando la interpretación egológica de la Teoría Pura del Derecho. Los principios fundamentales de la Teoría Egológica fueron finalmente expuestos y publicados por Carlos Cossio entre 1944 y 1945 en su obra *La Teoría Egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, y *El derecho en el derecho judicial*, en el cual el precedentemente nombrado discípulo de Kelsen Otto E. Langfelder escribió el prólogo.

A pesar de que Langfelder prologó *La Teoría Egológica...* de Cossio, remarcó a su respecto en una carta dirigida a Kelsen

“...no siempre lo acompaño [con referencia a Cossio]”. (10)

Langfelder valoraba solamente a Cossio por el mérito de continuar con el paso preliminar, que ya había realizado la Teoría Pura del Derecho, por la cual se descubría que la esencia de la existencia del derecho era su positividad.

Cossio veía a la Teoría Egológica del Derecho, al menos oficialmente, como una mera interpretación y complementación crítica de la Teoría Pura del Derecho. En realidad, la Teoría Egológica del Derecho tenía algo más en vista: analizaba la relación entre normas y conductas, y por cierto, de este modo hacía de la conducta el objeto primario de la ciencia jurídica (PETTORUTI, 2010:232). Cossio mismo escribió en su obra *La Teoría Egológica del Derecho y el Concepto de Libertad*:

“...la ciencia jurídica tradicional hace que la conducta gire en torno a las normas, la Teoría Egológica, en cambio, ubica a la conducta en el punto central y deja que las normas giren a su alrededor” (COSSIO, 1944:259). (11)

III. Características fundamentales de la Teoría Egológica

La Teoría Egológica de Cossio es frecuentemente señalada como un “producto ecléctico” en el cual coexisten elementos de la fenomenología de Husserl, del existencialismo de Heidegger, y de los fundamentos kantianos de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen.

La Teoría Egológica abarcó en principio cuatro grandes áreas temáticas: “Ontología jurídica”, “Lógica jurídica formal”, “Lógica jurídica trascendental” y “Axiología jurídica”; luego agregó Cossio la “Gnoseología del error” como quinto tema. Según la Egología, la misión del a Ontología jurídica se-

1951, pág. 9, acerca de la participación de Cossio en la Conferencia de Cuba. El mismo Cossio escribe en su artículo periodístico del 31 de diciembre de 1948 que Antonio Bustamante y Montoro le refirió, en una carta del 28 de noviembre de 1948, que Kelsen le preguntó cómo veía la interpretación egológica de la Teoría Pura del Derecho. Si Kelsen y Cossio efectivamente se hubieran encontrado personalmente en 1941 en Cuba, Bustamante no hubiese tenido que relatar a Kelsen acerca del debate que tuvo lugar en Cuba con Kelsen.

(10) Otto Lagenfelder, carta a Hans Kelsen del 20 de diciembre de 1947, Hans Kelsen-Institut, Viena, dejada por Kelsen: 16 b2. 59.

(11) Nota del traductor. Las citas de la Teoría Egológica de Carlos Cossio han sido traducidas al alemán por los autores, y luego traducidas desde el idioma alemán en este trabajo, motivo por el cual, en esta doble tarea de traducción, no han de ser necesariamente las palabras textuales de la obra de Cossio. Esta observación rige para cualquier otra traducción de frases textuales que se hagan en el presente trabajo.

ría definir el objeto del derecho. El punto de partida es una fenomenología existencial de la cultura. Para Cossio, no todos los objetos son iguales: particularmente considera al Derecho como un objeto especial, una realidad cultural creada por el Hombre. La Teoría Ecológica supone que es suficiente una estrecha unión para entrar en contacto con el derecho y presentarlo así como objeto. Según él, es más necesario conceder influencia a lo normativo que recurrir a la norma. (COSSIO, 1953:15). En principio es suficiente para Cossio como primer paso distinguir lo jurídico de lo no-jurídico. La Teoría Ecológica realiza esto a través de la distinción de dos tipos de objetos culturales: mundanales (a-jurídicos) y ecológicos (jurídicos): el sustrato de los valores mundanales son los elementos de la "realidad física", la vida humana objetivada, como producto de la actividad humana. El sustrato de los "valores ecológicos" es la conducta humana, la "vida humana viviente". El derecho es para Cossio un valor ecológico, una conducta en interferencia intersubjetiva. Define a la conducta como una "experiencia de libertad" que es contenida por el derecho. "Interferencia" se relaciona según Cossio con las acciones posibles. Para Cossio, el derecho no se halla en la norma jurídica, sino en la conducta. Consecuentemente, el objeto del derecho y de la interpretación nunca serán las normas, sino la conducta. Cossio interpreta a la conducta a través de un método de interpretación que toma de la fenomenología de Husserl.

La Lógica jurídica formal es entendida por Cossio como el carácter lógico-formal del deber como conjunción o cópula. En tal sentido considera a Kelsen como el "descubridor" de esa lógica jurídica formal, y por eso lo llamó el máximo jurista contemporáneo (COSSIO, 1941:1). A diferencia de Kelsen, quien considera que la estructura lógica de una norma es un juicio hipotético, Cossio la entiende sin dudas sobre la base de su peculiar estructura y conformación como un juicio disyuntivo (COSSIO, 1953:21). Con relación a la Axiología jurídica, Cossio asume que al excluir las valoraciones éticas de sus opiniones, el jurista de orientación positivista comete el error de erradicar las valoraciones de justicia. Por ello Cossio trata de mostrar que la justicia tiene una función dentro de la estructura de valores, asignándole una relación con los valores morales de Platón. De esta manera la justicia se presenta para Cossio como un concepto iusfilosófico fundamental. De acuerdo con la Teoría Ecológica del derecho, existe la verdadera justicia, y debe renovarse continuamente en la creación de igualaciones de libertad (COSSIO, 1953:19).

A partir de 1960 Cossio intentó integrar la ideología de la teoría marxista a su teoría Ecológica. Su punto de partida era la reflexión de que en el trasfondo de cada error jurídico existe un error ideológico. Particularmente claro fue el intento de Cossio de integrar la ideología marxista a la Teoría Ecológica en lo que expresa en su trabajo inédito *Ideología y Derecho* del año 1962. (12) En ese contexto Cossio habló de la teoría del error jurídico, y adosó esto como quinto gran tema de su Teoría Ecológica.

IV. La posición de Kelsen sobre la interpretación ecológica de la Teoría Pura del Derecho

Más allá de la carta dirigida por Kelsen a Cossio felicitándolo por el prólogo a la traducción española de la Teoría Pura del Derecho (COSSIO, 1948:1), Kelsen debió expresar su opinión por primera vez en forma detallada sobre la interpretación de la Teoría Pura del Derecho en una conversación mantenida con su ex alumno, el cubano Antonio Sánchez Bustamante Montoro, mantenida durante su estadía en Cuba en 1941 (COSSIO, 1948:1).

Así cuenta Cossio, que Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro luego de su encuentro con Kelsen que éste último le había preguntado acerca de si él, como Cossio, también consideraba a la Teoría Pura del Derecho como una lógica jurídica formal. Sánchez Bustamante Montoro respondió afirmativamente, y Kelsen le dio a entender inequívocamente que él no compartía esta visión de la interpretación ecológica, ya que existe una única lógica en la que se basan todas las ciencias (COSSIO, 1948:1).

En la conferencia de las Naciones Unidas del año 1945 realizada en San Francisco, mejor conocida como "Conferencia de Organización Internacional de las Naciones Unidas", ocasión para la cual tam-

(12) COSSIO, Carlos, *Ideología y Derecho* (1962, inédito). Los autores agradecen al señor Profesor Dr. Julio Raffo, Buenos Aires, por haber puesto a su disposición el texto.

bién viajaron muchos científicos jurídicos de Sudamérica a San Francisco, la Teoría Ecológica de Carlos Cossio fue un punto central de discusión (COSSIO, 1948:1). Entre los conferencistas participantes estaba también el profesor colombiano Luis E. Nieto Arteta, quien visitó a Kelsen en Berkeley y discutió con él sobre la Teoría Ecológica de Cossio. En una conversación personal que mantuvo Kelsen con Nieto Arteta en Berkeley (Nieto Arteta, 1945:11), Kelsen dio a entender que se oponía a los estrictos intentos interpretativos de Cossio y consideraba a la Teoría Ecológica una teoría independiente, que sólo tenía algunos aspectos superficiales en común con la Teoría Pura del Derecho.

La postura de oposición de Kelsen contra la Teoría Ecológica no se basó solamente en el resultado de la obra *Investigaciones sobre la Teoría Ecológica* de Josef Kunz: Fue en ocasión de sus investigaciones acerca de la Filosofía Jurídica latinoamericana de la actualidad (KUNZ, 1949:259) cuando llegó a la conclusión de que la Teoría Ecológica en su panorama general debía ser rechazada por la Teoría Pura del Derecho (KUNZ, 1944:226). Así escribió Josef Kunz en una carta dirigida a Kelsen el 15 de mayo de 1945 (13) en ocasión de su publicación sobre la Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad de Carlos Cossio, en la *Revista Jurídica de Chicago* (KUNZ, 1944:226):

“...yo opino, que Cossio ha desarrollado correctamente su teoría jurídica y usted le ha confirmado a través de una carta la ortodoxia de su opinión. (Solamente es para él la regla de derecho un juicio disyuntivo, no hipotético). Pero: el reduce su Teoría Pura del Derecho a una mera lógica jurídica formal. Por lo tanto, ella no es una teoría jurídica completa, ya que está, según él, solamente en el limitado grado de la lógica jurídica trascendental. No es ninguna filosofía jurídica en sentido metafísico, pero ella tampoco es ciencia jurídica...Lo más grave en Cossio es que él equipara el derecho a la conducta humana, y así deriva en la Sociología” (KUNZ, 1944:226).

En una carta del año 1947 Kunz inclusive caracteriza a la concepción de Cossio del derecho como conducta como un sinsentido. (14) Aparentemente Kelsen estaba de acuerdo con el análisis de la Teoría Ecológica efectuada por Kunz, especialmente cuando este último en su carta del 19 de junio de 1945 le escribió a Kelsen desde Cambridge:

“...Sus líneas me fortalecen en mi escepticismo acerca de los fundamentos de la teoría de Cossio” (15)

La postura negativa de Kelsen respecto de la interpretación de la egología debió haber llegado a oídos de Cossio a través de conocidos en común, como Luis E. Nieto Arteta o Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro (COSSIO, 1948:1).

Sin embargo, Cossio estaba convencido que la oposición de Kelsen solamente se basaba única y solamente en malentendidos idiomáticos y dificultades de comunicación. Para convencer a Kelsen de la interpretación ecológica de la Teoría Pura del Derecho y aclarar a través de un diálogo personal los malentendidos idiomáticos, calos Cossio alentó a su ex alumno y asistente Ambrosio L. Gioja a viajar a Berkeley para encontrarse con Kelsen.

V. “Kelsen meets Cossio”. Gira sudamericana de Kelsen, 1949

En el semestre de invierno de 1948 llegó Gioja a Berkeley, como “mensajero de la Teoría Ecológica”, donde participó en varios cursos de Kelsen y discutió sobre la Teoría Ecológica de Cossio. De la misma forma que Kelsen se informó a través de Kunz, quien mantenía contacto epistolar con Cossio, debió Gioja enterar a Cossio de sus discusiones con Kelsen, y haberle hecho saber que ahora sí Kelsen aceptaba la interpretación ecológica de la Teoría Pura del Derecho. Probablemente sorprendido por los informes de Gioja desde Berkeley, en los cuales incluso Gioja afirmaba que Kelsen había sido

(13) Josef Kunz, carta a Hans Kelsen del 15 de mayo de 1945, Hans Kelsen-Institut, Viena, legado de Hans Kelsen.

(14) Josef Kunz, carta a Hans Kelsen del 8 de noviembre de 1947. Hans Kelsen-Institut, legado de Hans Kelsen, 16.b1.59.

(15) Josef Kunz, carta a Hans Kelsen del 16 de junio de 1945, Hans Kelsen-Institut, legado de Hans Kelsen 16.b1.59.

“completamente egologizado” (16), con el correr del año 1948 comenzó a desarrollarse en Cossio una verdadera obsesión de traer a Kelsen a la Argentina para extraerle allí una confesión sobre la interpretación egológica de la Teoría Pura del Derecho. (17)

También Kelsen se figuraba con preocupación, a través de las noticias de sus discípulos argentinos y amigos como Jaime Perriau y Otto Langfelder, que su Teoría Pura del Derecho se vería amenazada por la interpretación de Carlos Cossio. Así se decidió finalmente a fines del año 1948 a viajar a la Argentina y dar un punto final a la interpretación que allí se hacía de su Teoría Pura del Derecho (COSSIO, 1948:1).

Cuando en el verano de 1948 Kelsen comenzó su viaje por Sudamérica, en el cual además de Argentina también visitaría Uruguay (Montevideo) y Brasil (Río de Janeiro), los grupos iusfilosóficos argentinos estaban divididos: en la Argentina de Perón, en el país que desde 1946 con el apoyo de los militares y las organizaciones de trabajadores se gobernaba en forma autoritaria (y con una cercana relación con el fascismo), había innumerables agrupaciones separadas entre sí, tales como seguidores de Carl Schmitt, exiliados españoles que por su posición política de izquierda debieron abandonar España, y por otro lado una gran cantidad de seguidores de Kelsen (SARLO, 210:293). Éstos, a su vez, se dividían entre los seguidores de Cossio y su Teoría Egológica por un lado y por otro los kelsenianos “ortodoxos” que se resistían críticamente a la introducción del peronismo en las universidades argentinas (18), y veían a Cossio como un oportunista del sistema peronista. (19) Poco antes del viaje de Kelsen a la Argentina en verano de 1949, la tensa situación se volvió a recalentar, especialmente cuando el antiguo amigo y discípulo de Cossio Ambrosio L. Gioja lo abandonara para sumarse del lado de los “kelsenianos ortodoxos”. A eso debe agregarse que el gobierno de Perón intentó utilizar la visita de Kelsen a la Argentina en su provecho, lo cual tuvo como consecuencia que muchos de los seguidores de Kelsen, como sus ex alumnos Hugo Caminos y Ernesto Hermida trataran de disuadir a Kelsen de su visita a la Argentina. (20)

Probablemente con su gira por Sudamérica Kelsen quisiera tratar de unificar las distintas corrientes opuestas y conducirlas por el sendero originario de la Teoría Pura del Derecho. Para no expresar una preferencia a priori por ninguna de las fuentes, Kelsen transitó el tramo argentino de su gira sudamericana con la invitación de tres distintas instituciones: la Facultad de Ciencias Jurídicas de Buenos Aires, la Asociación de Abogados de Buenos Aires y el Instituto de Filosofía Jurídica y Sociología Jurídica de la Universidad de Buenos Aires, dirigido por Carlos Cossio (SARLO, 210:413).

Hasta el momento de su encuentro con Kelsen en la Argentina, Cossio tenía por su parte la esperanza de poder convencerlo de que su interpretación —la interpretación egológica de la Teoría Pura del Derecho— era la correcta. El estaba firmemente convencido de que Kelsen había viajado a la Argentina con el específico objetivo de entrar en diálogo con la Teoría Egológica. (COSSIO, 1953:18). Kelsen escribió en 1953 acerca de esta observación de Cossio:

“Esto no es cierto. Yo vine a la Argentina en virtud de una invitación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y no para entrar en ninguna ‘conversación’, sino para hablar sobre algunos problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho, esto significa, desarrollar conferencias y no entrar discusiones” (KELSEN, 1953:44).

(16) Josef Kunz, carta a Hans Kelsen del 8 de noviembre de 1948, legado de Hans Kelsen, Hans Kelsen-Institut 16.b1.59.

(17) Entrevista con Hugo Caminos del 31 de marzo de 2012 en Buenos Aires.

(18) El gobierno de Perón sustituyó en su primer período (1946-1955) a todos los jueces de la Corte Suprema de Justicia por juristas leales a su régimen y suspendió, durante dicho período, a aproximadamente 1500 profesores universitarios críticos de su régimen. También la libertad de prensa sufrió mucho bajo el régimen de Perón; así, los diarios de izquierda y la literatura comunista y socialista fueron simplemente prohibidos.

(19) Entrevista con Hugo Caminos el 31 de marzo de 2012 en Buenos Aires.

(20) Hugo Caminos, carta a Hans Kelsen del 25 de junio de 1949, Hans Kelsen-Institut, legado de Hans Kelsen, 15.s.58.

Durante el transcurso de la estadía en la Argentina de casi un mes de Kelsen en agosto de 1949, ocurrió (muy probablemente) la primera y única oportunidad de un encuentro personal entre Hans Kelsen y Carlos Cossio, quienes desarrollaron una extensa discusión sobre temas comunes y oposiciones útiles a la teoría jurídica. Cossio informó tras la partida de Kelsen (particularmente en conversaciones privadas) éste había hecho muchas concesiones a la Teoría Ecológica y las había admitido. De tal manera él modificó la conferencia que había traído desde Berkeley para incorporar las concesiones que había hecho a la Teoría Ecológica (COSSIO, 1953:18). También, durante su estadía en la Argentina no se había puesto como antes en el rol de atacante y descubridor, sino en el de atacado (COSSIO, 1953:26).

Jaime Perriau, quien desde 1945 estuvo en estrecho contacto con Kelsen, escribió respecto de su visita a la Argentina, que en sus conferencias Kelsen no dijo nada nuevo al menos para aquellos que conocieran su teoría de primera mano. De tal manera, la mayor parte de los juristas que en la Argentina solamente conocían a Kelsen a través de los seguidores de la Teoría Ecológica y asimismo conocían a la egología influenciada por la teoría kelseniana, a través de estas conferencias pudieron conocer la Teoría Pura de Derecho de primera mano, ya que se les presentó una nueva perspectiva pues muchos de ellos no hablaban alemán (Perriau, 1949:1).

VI. Coincidencias y oposiciones entre ambas teorías jurídicas

¿Sobre qué tratan las coincidencias y las oposiciones entre ambas escuelas jurídicas? Comenzaremos nuestras investigaciones sistemáticamente con una mirada sobre el derecho:

La Teoría Ecológica asume que las cosas jurídicas pueden ser objeto del derecho. Respecto de determinar si algo se trata de un objeto jurídico o no jurídico, la Teoría Ecológica establece que un objeto puede ser entendido como “permitido” o “prohibido”. Desde el punto de vista de la Teoría Ecológica, se presupone que los límites de la totalidad del derecho son esenciales para conceptualizar la noción de lo jurídico. Ella asume que para la captación de esta noción es suficiente con entrar en contacto con el derecho y tomarlo como objeto (COSSIO, 1953:32). La Teoría Ecológica del Derecho proviene de una fenomenología existencial de la cultura, donde el sentido de la cultura es todo el obrar humano, en la medida en que se refiera a juicios de valor. En este sentido, el derecho es cultura y realidad. Esta teoría representa el pensamiento de que la ciencia jurídica dogmática es una ciencia de realidades. Para la Teoría Ecológica el derecho es, por así decirlo, conducta, “Existencia en su plena vitalidad” (COSSIO, 1953:35). Cossio arriba a esta tesis sobre la base de las fuentes originarias del método de la fenomenología de Husserl, lo que él llama “perspectiva jurídica”. Kelsen rechaza estrictamente esta posición, pues para él el derecho es un sistema de normas y no tiene nada que ver con el significado natural propuesto por Cossio. Le enrostra a la Teoría Ecológica derivar de una construcción sociológica, y se opone a la idea de que uno pueda encontrar el derecho sin la ayuda de las normas, pues el derecho como objeto no se constituye con ninguna otra cosa que no sea la norma (KELSEN, 1953:457).

“Aun cuando toda la conducta humana esta reglada a través del derecho, no es posible identificar al derecho con la conducta humana, la conducta humana permanece solamente como objeto de la regulación jurídica” (KELSEN, 1953:456).

Kelsen supone que la Teoría Ecológica asume un punto de vista metafísico, y él, en principio, rechaza la metafísica. Además, la egología recurre a una hipótesis metafísica de la libertad, cuyo empleo no es necesario en un planteo que sea consecuente con la Teoría Pura del Derecho. La libertad no sería para Kelsen algo real, verdaderamente existente, como una representación del mundo como un determinismo perfecto y sin excepciones. (21) Tal como lo advierte Cossio, la pregunta sobre la libertad existencial de los hombres, que es meramente metafísica para Kelsen, es la que presenta insuperables contrastes entre Kelsen y la Teoría Ecológica.

(21) Kelsen, sin embargo, sostiene la idea de que es imposible concebir al derecho sin la ayuda de las normas, pues el derecho está constituido por normas (KELSEN, 1953:455).

Además de este contraste, también se da otra oposición respecto de la visión del alcance del “deber” lógico, respecto de lo cual esta pregunta, al menos a primera vista, suscita una coincidencia: ambos ven en el carácter lógico-formal del “deber” una condición de imputación, pero en una relación más cercana de esta afirmación existen dos diferencias, especialmente porque el problema se aproxima al concepto de “pureza metódica” elaborado por Kelsen, y la Teoría Ecológica extrae de allí sus investigaciones acerca de la normatividad (COSSIO, 1953:41). Por medio de esta construcción de la teoría de las normas, Kelsen considera a ésta como un juicio —en lo que también coincide por Cossio— pero con respecto a la pregunta acerca de la naturaleza de este juicio pueden haber diferentes puntos de vista: mientras Kelsen considera a la norma como un juicio hipotético, la Teoría Ecológica ve a la norma como un juicio con una estructura y forma propias. Kelsen establece que el ámbito de aplicación del “deber” lógico a través de una definición, mientras que la Teoría Ecológica lo determina según el conocimiento, en la libertad ética o jurídica (COSSIO, 1953:41).

¿Es la Teoría Pura del Derecho sólo y únicamente lógica (jurídica) o es también otra cosa? Kelsen entiende que la Teoría Pura del Derecho es algo más que lógica (KELSEN 1953:453); Cossio, sin embargo, hace una distinción entre una Teoría Pura del Derecho en sentido estricto y una Teoría pura del Derecho en sentido amplio, y considera a la Teoría Pura del Derecho como lógica formal desde la perspectiva estricta. De allí concluye Kelsen que para Cossio la Teoría Pura del Derecho en sentido amplio, también tiene que ser algo más que lógica formal (KELSEN, 1953:455), lo cual confirma su aserción de que la Teoría Pura del Derecho es algo más que solamente lógica.

Otro punto de contraste entre la Teoría Pura del Derecho de Kelsen y la Teoría Ecológica de Cossio se da en la diferente visión entre norma jurídica y regla de derecho. Según Kelsen, estos conceptos tienen distinta naturaleza: el órgano jurídico productor crea normas jurídicas, mientras que el científico jurídico las describe —en forma de reglas de derecho— (KELSEN, 1953:471). Para Kelsen, la norma creada por el órgano es una regulación direccionada a nuestra voluntad, mientras que la regla de derecho expresada por el jurista es una manifestación dirigida a nuestro entendimiento (KELSEN, 1945:45). La tesis ecológica sostiene que esta diferenciación entre norma y regla de derecho es superflua, porque tanto el órgano como el científico jurídico piensan el derecho, esto es la conducta, precisamente a través de las normas. El planteo conceptual, en ambos casos llega a la perfecta identidad normativa, de manera tal que la Teoría Ecológica no lo ve en forma distinta (COSSIO, 1953:46). Y respecto de llegar a la buscada diferencia entre la específica actividad del órgano y la del jurista, para la Teoría Ecológica es mucho más importante poner la atención —para prever el idéntico resultado de ambos— en la regulación de la persona en su creación: la existencia de una diferencia entre la actividad del órgano jurídico y la actividad del jurista, planea para la Teoría Ecológica la cuestión, por ejemplo, de cómo en un caso se resuelve el problema de la positividad y el de la efectividad.

Según lo entiende Carlos Cossio (COSSIO, 1953:46), coincide con su concepción la idea elaborada por Kelsen en la Teoría Pura del Derecho en cuanto al axioma ontológico de que “todo lo que no está prohibido, está permitido”. Sin embargo, la Teoría Ecológica fundamenta este principio como “un juicio sintético a priori en el sentido de la estética kantiana” en forma directa sobre la libertad de la existencia humana (COSSIO, 1953:46), y argumenta lo siguiente:

“El axioma es a priori porque se relaciona con la experiencia jurídica constitutiva de la libertad eidética, en cuya naturaleza se funda, de lo que se sigue que aunque nos oponamos, nos veríamos obligados a la libertad, pues esta es la única forma posible de experimentarla. Esto es sintéticamente porque la libertad es un a priori. De aquí se extrae la siguiente conclusión: todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido, lo que no es lo mismo que la expresión: todo lo que no está permitido, está jurídicamente prohibido. En la primera situación se plantea como punto de partida a la existencia humana como constitutiva de la libertad, el segundo caso está fundamental y necesariamente vinculado a un error que torna imposible relacionarla con la experiencia jurídica.” (COSSIO, 1953:46).

Kelsen no concuerda con la afirmación de Cossio de que lo que no está prohibido, está permitido sea un axioma apriorístico (KELSEN, 1953:445) “constitutivo de la libertad en la experiencia jurídica”,

de la “libertad de la existencia humana” y que según Cossio sólo pueda ser entendida la libertad metafísica de los hombres. Según la visión de Kelsen, esta libertad no garantiza que

“cuando se dice que el ser humano es jurídicamente ‘libre’ haya que hacer u omitir algo, pues ese hacer u omitir no es requerido jurídicamente, así, ser jurídicamente libre no significa otra cosa que no estar constreñido jurídicamente” (KELSEN 1953:445).

Esta ‘libertad’ jurídica no tiene que ver en lo más mínimo con la libertad ética a la cual se refiere Cossio (COSSIO, 1953:46). De lo cual con relación al principio: lo que no está prohibido, está permitido, ciertamente hay una coincidencia entre la Teoría Pura del Derecho y la Teoría Ecológica, ya que en estos términos de conocimiento toda la conducta humana —hacer o abstenerse— cae dentro del ámbito de aplicación de una orden jurídica, ya sea en forma directa (cuando se prohíbe) o indirectamente (cuando se autoriza), y es reglada a través de esa orden. Existe una visión tanto de la Teoría Pura del Derecho como de la Teoría Ecológica, de que no existe ninguna conducta que no sea regulada por esta orden jurídica.

Finalmente, la Teoría Ecológica rechaza la diferencia que la Teoría Pura del Derecho de ningún modo considera considerable, pero sí ventajosa, entre estática y dinámica, pues al respecto Cossio plantea que esa diferencia afecta a la unidad del objeto de conocimiento, ya que el conocimiento estático de las normas está constituido, a través del objeto dinámico de los actos jurídicos, por las conductas humanas.

En síntesis, puede decirse que el punto de la controversia entre Cossio y Kelsen se centraba sobre “quien tenía la verdadera perspectiva de la Teoría Pura del Derecho”. Así escribió Kelsen:

“El Prof. Cossio me reclamó que la idea que la Teoría Ecológica tiene de la Teoría Pura del Derecho es la correcta, y que la que Kelsen tiene de la Teoría Pura del Derecho es incorrecta” (KELSEN, 1953:445).

Este reclamo debería ser descartado desde que él es el autor de la Teoría Pura del Derecho y él sabe correctamente en lo que pensaba cuando la escribió. (22) Cossio, por su parte, sabía especialmente al respecto que se trataba de la fundamentación de una teoría científica que podía ser interpretada de una manera diversa a la de su creador. Así, en una charla personal entre Cossio y Kelsen, durante una cena en Buenos Aires, Kelsen le dijo que él era el autor de la Teoría Pura del Derecho y que también sabía muy bien qué es lo que había pensado, a lo que Cossio respondió:

“Dr. Kelsen, a usted le pasa lo mismo que a Colón, él pensó que había descubierto las Indias y en verdad había llegado a América”. (23)

VII. La continuación de la teoría de Cossio: la Teoría Ecológica hoy

Luego de que Cossio debiera abandonar su cátedra en la Universidad de Buenos Aires con motivo de la dictadura militar que asumió el poder en 1955, continuó a cargo de su cátedra su ex alumno Ambrosio L. Gioja. A pesar de que se inclinaba por la escuela fenomenológica y el kelsenianismo ortodoxo, Gioja También recurrió a otras corrientes filosóficas. Bajo la influencia del argentino Carlos Alchourrón la filosofía analítica se convirtió en un punto central en la Universidad de Buenos Aires, y autores como Ludwig Wittgenstein y Georg von Wright fueron rápidamente incluidos en el programa de estudios de los años 60, que originariamente era más cercano a Kelsen o Cossio (BULYGIN - GARZÓN VALDEZ, 1987:8).

Hasta los comienzos de los años 60, la teoría de Cossio fue llevada adelante por los ex alumnos de Cossio Julio César Cueto Rúa y José Vilanova. Pero luego de que Cossio comenzó a ocuparse de la

(22) Entrevista a Abel Javier Arístegui, del 28 de marzo de 2012 en La Plata, quien estuvo presente en las discusiones entre Cossio y Kelsen en el verano de 1949 en la Argentina.

(23) Entrevista con Abel Javier Arístegui del 28 de marzo de 2012.

ideología marxista, incluyéndola como quinto tema de su Teoría Ecológica, Cueto Rúa se desvinculó de Cossio. Único y solo, su ex alumno y más fiel seguidor José Vilanova apoyó y continuó enseñando la teoría de Cossio, a pesar de que él también constituyó una dirección crítica de la Teoría Ecológica. En la Universidad de La Plata, Cossio fue representado por largo tiempo por el Prof. Abel Javier Arístegui, pero cuando éste publicó en 1967 su trabajo *Oposiciones fundamentales a la teoría ecológica*, se produjo un quebrantamiento de la relación con Cossio. Hoy en día, la Teoría Ecológica en su versión originaria apenas es enseñada en la Argentina (24), aunque el marxismo argentino relacionado con la escuela crítica posee representantes como Carlos Cárcova y Julio Raffo, quienes consideran distintos elementos de la teoría de Cossio y continúan desarrollándolos. (25)

VIII. Bibliografía

BERSIER LADAVAC, Nicoletta (2009), *Hans Kelsen en Ginebra: La Problemática de la Paz entre Ciencia y Política*, en WALTER, Robert — OGRIS, Werner — OLECHOWSKI, Thomas, *Hans Kelsen: Vida - Obra - Vigencia*, publicación del Hans Kelsen Institut, Viena.

BULYGIN, Eugenio - GARZÓN VALDEZ, Ernesto (1987), "Introducción" en "La Teoría Jurídica y la Filosofía del Derecho en la Argentina de hoy", *Escritos para Teoría Jurídica*, 125, Berlín.

COSSIO, Carlos (1941), *Hans Kelsen, El jurista de la época contemporánea*, *Revista Jurídica La Ley*, del 12 de octubre de 1941, Buenos Aires.

COSSIO, Carlos (1944), *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad*, Buenos Aires.

COSSIO, Carlos (1948), "¿Cómo ve Kelsen a la Teoría Ecológica del Derecho?", *Revista Jurídica la Ley*, del 31 de diciembre de 1948, Buenos Aires.

COSSIO, Carlos (1953), "Teoría Ecológica y Teoría Pura del Derecho. Un balance de la visita de Kelsen a la Argentina", *Revista de Derecho Austríaco*, Viena.

COSSIO, Carlos (1959), *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires.

EHS, Tamara - GASSNER, Myriam, *Hans Kelsen*, <http://www.transatlanticperspectives.org/>.

FEICHTINGER, Johannes (2009), "Vinculaciones Transatlánticas. El camino de Hans Kelsen y su Círculo en la Emigración", en WALTER, Robert — OGRIS, Werner — OLECHOWSKI, Thomas, *Hans Kelsen: Vida - Obra - Vigencia*, publicación del Hans Kelsen Institut, Viena.

KAMMERHOFER, Jörg - KUNZ, Josef Laurenz (2008), *El círculo en torno a Hans Kelsen*, WALTER, Robert — JABLONER, Clemens — ZELENY, Klaus (compiladores), Hans Kelsen-Institut 30, Viena.

KELSEN, Hans (1947), *Autobiografía*, en JESTAEDT, Matthias (compilador) (2007), *Obras de Hans Kelsen I*, Tubinga.

KELSEN, Hans (1953), "Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica, respuesta a Carlos Cossio", *Revista de Derecho Austríaco V*, Viena.

KUNZ, Josef (1944), "Cossio: Teoría ecológica del derecho y el concepto jurídico de libertad (*Book Review*)", *Revista de Derecho de la Universidad de Chicago*, Chicago.

KUNZ, Josef (1949), "La Filosofía del Derecho latinoamericana en el siglo XX", *Revista de la Universidad de Nueva York*, Nueva York.

(24) Como caso especial, en 1966 hay registrada una disertación en la Universidad de Berlín: Víctor Fernando ARÉVALO MENCHACA, "La visión ecológica de la sociología jurídica".

(25) Entrevista a Carlos Cárcova y Julio Raffo del 26 de marzo y 30 de marzo de 2012.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis (1933), "Método y Conceptos Fundamentales de la Teoría Pura del Derecho", *Revista de Derecho Privado*.

NIETO ARTETA, Luis E. (1945), "Un diálogo con el profesor Kelsen sobre lógica jurídica", *Revista Universidad Nacional de Colombia*, Colombia.

OLECHOWSKI, Thomas - BUSCH, Jürgen (2010), *Hans Kelsen como Profesor de la Universidad Alemana de Praga. Aspectos biográficos de la controversia Kelsen-Sander*, Praga.

PETTORUTI, Carlos (2010), "Relaciones entre Viena y La Plata. Reflexiones acerca de la influencia de la Teoría Pura del Derecho en la enseñanza de la Teoría Jurídica en la Universidad de La Plata", en WALTER, Robert — JABLONER, Clemens — ZELENY, Klaus (compiladores), *Hans Kelsen en otros lugares. Hans Kelsen en el exterior*, editado por el Hans Kelsen-Institut, Viena.

POUND, Rocco (1933), "Teorías Recientes sobre Derecho y Teoría del Derecho", *Revista Jurídica de Yale XLIII*, New Haven.

SARLO, Oscar (2010), *La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949. El frente sur de la Teoría Pura*, Ambiente Jurídico, Montevideo.

SARLO, Oscar (2010), "La Recepción de la Teoría Pura del Derecho en Uruguay", en WALTER, Robert — JABLONER, Clemens — ZELENY, Klaus (compiladores), *Hans Kelsen en otros lugares. Hans Kelsen en el exterior*, editado por el Instituto Hans Kelsen, Viena.

TELMAN, Jeremy (2010), *Una Senda No Tomada: La Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen en el País del Realismo Jurídico*, en WALTER, Robert — JABLONER, Clemens — ZELENY, Klaus (compiladores), *Hans Kelsen en otros lugares. Hans Kelsen en el exterior*, Hans Kelsen-Institut, Viena.

Derechos humanos y decisión jurídica

POR RUBÉN MARCELO GARATE (*)

Sumario: I. Introducción. — II. La elección de una definición. — III. Distintas doctrinas. — IV. Su importancia para el discurso jurídico.— V. La visión de Rawls. — VI. Fundamentos del discurso jurídico. — VII. La validez del discurso. — VIII. De los principios y los derechos.— IX. Una justificación de los derechos. — X. Conclusión.— XI. Bibliografía.

Resumen: El debate filosófico contemporáneo ha tomado como uno de los temas centrales el análisis del discurso jurídico, la discusión con relación con los derechos humanos, en el discurso jurídico. No obstante, la discusión con relación a los Derechos Humanos, tiene que ver con el problema de su fundamentación. Particularmente nos pareció interesante, analizar sus características y reflexionar sobre la importancia que tienen en la decisión judicial.

Palabras clave: Derechos humanos, discurso jurídico, fundamento.

HUMAN RIGHTS AND LEGAL DECISION

Abstract: The cotemporary philosophical discussion has taken analysis of legal discourse like one of the central theme the discussion in relation to human rights in legal discourse. However, the discussion concerning human rights is related to the problem its foundation. We thought particularly interesting to analyze their characteristics and think about the importance of the judicial decision.

Key words: Human rights, legal discourse, basis.

I. Introducción

El tema de los derechos humanos se encuentra en el centro del debate filosófico contemporáneo porque indefectiblemente nos lleva a pensar sobre la posibilidad de su utilización como fundamento último del discurso jurídico.

Ellos pueden ser utilizados para alcanzar un nivel de racionalidad suficiente, que nos permita esperar del discurso práctico cierto grado de corrección material, en tanto que pueden ser considerados como criterio argumental a fin de asegurar cierto grado de justicia y equidad.

Se puede decir que las relaciones que regulan los derechos humanos importan relaciones básicas de convivencia social, porque establecen parámetros necesarios para el desarrollo humano y resultan ser transversales a la realización de los diferentes planes de vida de las personas.

Los derechos humanos son habitualmente concebidos como derechos universales, es decir, derechos que se atribuyen a todos los seres humanos sin distinción. Este carácter universal forma parte del concepto de derechos humanos desde el comienzo de su historia (GARCÍA MANRIQUE, 2004: 45). La cuestión de la universalidad, habitualmente se piensa en función de la existencia de un modelo ético jurídico extensible a todo hombre y al margen de las diferencias culturales. No obstante, las discusiones que existen al respecto, podemos coincidir en que ellos conforman un conjunto de criterios interpretativos necesarios, que permiten una mejor aplicación de las normas jurídicas; en

(*) Jefe de Trabajos Prácticos, con funciones de Prof. Adjunto de Introducción al Derecho, Cátedra II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

tanto que son el fundamento último, para realizar una análisis tamizado de las normas a aplicar, si es que se quiere lograr una elección cuidada y minuciosa.

También constituyen el basamento ontológico de la acción argumentativa, si se considera a la actividad interpretativa, desde una perspectiva egológica, entendiendo que es posible la elección de la mejor posibilidad. Situación en la cual se ponen en juego aspectos axiológicos, en tanto que se tiende a la máxima realización de los derechos humanos, como presupuesto de lo que puede ser considerado como justo.

II. La elección de una definición

La filosofía política desarrollada en el siglo XIX, es heredero del pensamiento kantiano tomando como fundamento a la teoría política liberal los principios de universalidad y autonomía. Kant, sostiene que la idea de libertad es un principio apriorístico que nos permite entender las relaciones sociales y la voluntad de los pueblos, del cual emanan las decisiones políticas. Asimismo, formula la existencia un derecho para todos los hombres, que encuentra su fundamento tanto, en el derecho político como en el derecho de gentes, y que permite garantizar la paz social de forma permanente (KANT, 2007: 67).

Juan B. Alberdi, creyó en la posibilidad de un derecho internacional que tomara los principios del *derecho de gentes* de los antiguos romanos, para mantener la paz social, reconociendo de esta manera que el derecho se asienta sobre la base común del principio que reza: “el derecho de cada hombre expira donde empieza el derecho de su semejante” (ALBERDI, 1947: 112). Entendiendo de esta forma que la justicia, no es otra cosa que la medida común del derecho de cada hombre, y que la igualdad resulta ser el criterio común de aplicación de los derechos.

Una de las definiciones más interesante sobre derechos humanos en la cual se señala sus caracteres esenciales, fue escrita por Manuel Atienza quien recogiendo la posición de Nino sobre esta materia, afirma que los derechos humanos son aquellos derechos subjetivos cuya titularidad se atribuye a las personas, por el simple hecho de serlo. Son simplemente derechos morales cuando no están reconocidos por el derecho positivo. Mientras que cuando están incorporados al derecho positivo, forman parte de la Constitución, y se les suele llamar derechos fundamentales (GARCÍA MANRIQUE, 2004:49).

Otra definición que podemos recoger es la de Antonio E. Pérez Luño, quien afirma que los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.

Desde esta perspectiva, bien podemos tomar en cuenta lo que sostiene Bidart Campos, al decir que los derechos humanos son la pauta axial del derecho constitucional contemporáneo puesto que toda la interpretación de la constitución debe girar en torno a la protección de los derechos humanos, que adquieren así el lugar central del sistema (BIDART CAMPOS, 1997: 2).

En un sentido similar se encamina Dworkin llamando derechos individuales a los derechos fundamentales y diferenciando a estos de los derechos colectivos, afirmando que deben aplicarse en la medida que no exista alguna razón que justifique negarle a un individuos, aquello que desean hacer o tener, imponiendo de esta forma alguna pérdida o perjuicio.

Esto nos permite comprender que muchos derechos pueden ser llamados universales, en la medida que siempre se dispone de argumentos a su favor que justifican su aplicación bajo cualquier circunstancia que sea razonablemente.

III. Distintas doctrinas

Cuando Carlos Cossio, sostiene la tesis que el derecho debe ser entendido como conducta en interferencia intersubjetiva (COSSIO, 1987: 151), no hace más que reconocer que los derechos son y

regulan relaciones entre personas. Esta perspectiva relacional, es importante a la hora de pensar una fundamentación de los derechos humanos.

Nos interesa descubrir cuáles son en este sentido las distintas tesis que nos explican el fundamento filosófico de tales derechos.

Si realizamos un análisis *funcionalista* de los derechos humanos, encontraremos que podemos reconocerles a estos derechos, una dimensión ontológica, sobre el que se apoyan distintos enfoques doctrinarios:

a) Doctrina del derecho natural: adopta la visión teológica, con un fundamento iusnaturalista, recurriendo a una explicación que parte de la voluntad divina. Bien podemos destacar que esta teoría se adopta cada vez que se asume una visión teleológica de la realidad, y se intenta explicar la determinación de la finalidad de la propia naturaleza.

b) Doctrina del derecho racional: esta, parte de la idea, que la persona humana es un fin en sí misma y que esta afirmación se presenta como un imperativo categórico, que nos lleva a considerar y respetar la autonomía de la persona, para luego reconocer la importancia de la dignidad humana.

c) Doctrina de la ética discursiva: se basa en la defensa de los derechos humanos, teniendo en cuenta el carácter discursivo y dialógico de la moral universalista, inspirada en la intersubjetividad humana.

Esta moral de tipo universalista fue descrita por aquellas teorías que pertenecen a lo que se ha dado en llamar el "*giro lingüístico*". Estas posiciones filosóficas asumen la idea de un constructivismo radical (SCARAVINO, 2007:13). En esta línea encontramos el pensamiento de Habermas, que reinterpreta la eticidad de Hegel en los términos wittgensteinianos de juegos de lenguaje; entendiendo que cualquier intercambio lingüístico implica, por parte de los interlocutores, la aceptación de ciertas reglas de juego, una suerte de contrato tácito e inconsciente muy semejante al trasfondo de valores y creencias compartidas. De modo que la actividad comunicativa no pone en relación a individuos abstractos o atómicos, a la manera de Hobbes o Rousseau, sino a miembros de una misma cultura que encarnan roles en ciertas situaciones de comunicación, en la que se producen estos juegos del lenguaje.

No obstante, toda acción comunicativa supone un *consenso*. En el que es posible pensar desde la existencia de un contrato implícito con el interlocutor, en el que se deben respetar ciertas reglas que permitan lograr la comunicación. Siendo necesarios para establecer acuerdos y desacuerdos, como también eventualmente, persuadir a algún auditorio o interlocutor.

La "ética de la discusión" de Habermas, se basa en el imperativo de la razón práctica kantiana que dice: no se puede tomar al otro como un objeto sino siempre como un sujeto, es decir, como un interlocutor o un participante en un juego de lenguaje.

Más allá de la diversidad de normas consuetudinarias o culturales, existiría una norma fundamental éticamente racional, basada en la libre aceptación de las reglas del entendimiento comunicativo. Esta afirmación nos lleva indefectiblemente en el plano jurídico-político a una revalorización de la democracia consensual y del Estado de derecho.

Esta concepción del derecho se convierte, en la institucionalización de la racionalidad comunicativa, cuando establece como norma ética fundamental la consideración del *otro* como un interlocutor válido y no como un objeto, a fin de lograr la construcción de consensos.

Los derechos humanos concebidos como construcciones relaciones, representan las exigencias de todos los seres humanos, que condicionan la estructura y el ejercicio del poder político al respeto de la dignidad humana y la realización de estándares materiales que favorezcan un nivel de vida confortable.

Desde esta perspectiva los derechos humanos se inscriben en los siguientes supuestos:

- 1.- Se aplican a todas las personas, sin discriminación alguna.
- 2.- Su validez es irrestricta, no dependiendo de circunstancia política y social.
- 3.- Incumben a los estados particulares en lo que se refiere a su protección y realización.

Es claro que los derechos por sí sólo, sin acompañamiento de transformaciones materiales, en lo económico y lo político no son un pasaporte al paraíso. Tampoco debemos tener un exceso de confianza en los derechos, lo mejor resultaría ser la reivindicación del Estado Social (ARANGO, 2004: 60).

IV. Su importancia para el discurso jurídico

Es interesante pensar que los derechos humanos, conforman un conjunto de principios que pueden ser tomados para establecer las reglas necesarias del discurso democrático y afirmar la necesidad de sostener la libertad y la igualdad, principios esenciales de todo proceso de argumentación.

Reconocemos la posibilidad de fundamentar los derechos humanos desde una posición discursiva. Sobre todo, porque ellos son los supuestos en los cuales puede ser pensada toda acción discursiva. Esta acción únicamente se produce en un Estado que organiza sus instituciones de manera democrática, ya que se asegure el pleno desarrollo tanto de la autonomía privada como de la autonomía pública.

Esta perspectiva nos lleva a considerar a los principios de autonomía y universalidad, como la razón de ser de los derechos humanos, en tanto que resultan ser un factor de protección y factibilidad para asegurar estándares específicos de igualdad y libertad (VILLAR BORDA, 2004: 47).

En este sentido, podemos afirmar que cuando se propone maximizar la libertad de los individuos que integran una comunidad política, minimizando las restricciones a esa libertad, se debe tener en cuenta que toda limitación a la libertad, debe imponerse como resultado de un procedimiento de balance entre los intereses en conflicto, teniendo en cuenta la viabilidad de las restricciones, en función de la protección del mayor espacio para el desarrollo de la libertad individual (VILANOVA, 1997: 170).

V. La visión de Rawls

La perspectiva neokantiana asumida por John Rawls le permite referirse a una *posición original* de estricto carácter ideal, que toma como punto de partida para desarrollar su pensamiento. En esta situación teórica originaria, se lleva a cabo un acuerdo mínimo sobre aquellos principios de justicia política que permiten construir la estructura social básica de la comunidad. Este acuerdo solo puede ser posible si se considera a cada individuo como un sujeto libre, igual y racional. (1)

De este modo, el justilósofo americano, hace jugar el principio de autonomía como un factor fundamental a la hora de establecer acciones positivas. La plenitud de la libertad individual se muestra desde la participación y en los compromisos tanto políticos, como no políticos que se asumen, como parte de la búsqueda de algún bien.

Para Rawls, los derechos humanos, forman una categoría especial de derechos, ya que establecen los límites a los Estados y son aplicables a todas las sociedades, por la buena fe que debe reinar en la comunidad internacional.

(1) Como así lo sostiene Manuel Kant, cuando afirma que el estado civil o jurídico, se funda en principios "a priori" de la libertad de cada hombre como miembro de la sociedad, la igualdad de cada miembro y la independencia de cada comunidad, sobre los cuales descansa la formación del Estado, conforme los puros principios racionales del derecho humano (KANT, 2004: 42).

Ellos, conforman el derecho razonable de los pueblos y son la *condición necesaria de legitimidad* del sistema jurídico, conformando de este modo un mínimo moral prioritario y universalizable, no en sentido temporal, sino como categoría espacial. En consecuencia, los derechos humanos, pueden ser considerados como un *hecho*, por ser la expresión del patrón mínimo que deben cumplir las instituciones políticas bien ordenadas, cuando pretenden alcanzar con buena fe una sociedad políticamente justa.

Esta idea de los derechos hay que entenderla, dentro de la nueva concepción surgida después de la catástrofe de la segunda guerra mundial. Su sola formulación determina las pautas para un pluralismo cultural, en tanto que son considerados como un conjunto de “derechos mínimos”, que se encuentran ligados a los ideales de bien y justicia. La importancia de los derechos mínimos se encuentra radica en su utilización para la construcción de acuerdos políticos que sirven de base para edificar una sociedad *liberal*. Sólo en este tipo de sociedades, que reúne las características descriptas, es posible afirmar que se producen en forma total. En las sociedades construidas de forma *jerárquica*, la aplicación de estos derechos es deficiente. Sin embargo, son susceptibles de estar bien ordenadas, en la medida que cumplan con los siguientes requisitos:

a) Que sean pacíficas.

b) Que el sistema jurídico, se estructure en base a una idea de justicia compartida, y que los jueces y administradores jurídicos confíen en que el derecho, se encuentra orientado por esa concepción de justicia.

c) Que existan formas apropiadas de que los ciudadanos puedan ser escuchados respetándose los distintos valores religiosos o filosóficos de esa sociedad.

d) Que exista posibilidad de disenso, sin que esto amerite represalias.

Los derechos humanos, con su carácter universal marcan un mínimo moral de justicia y garantizan la solidaridad social, en tanto que protegen la autonomía de la razón en primer término, al grupo deliberativo y por último al sujeto que realiza una elección personal.

Su función es la de otorgar legitimidad del régimen jurídico, de esta forma todo razonamiento jurídico debe apelar a una fundamentación basada en los derechos humanos, si pretende mantener cierto grado de racionalidad que le permita adquirir legitimidad.

En la medida que estos derechos han sido aceptados por el conjunto de la comunidad internacional, representan una condición *sine qua non* del acuerdo explícito, que permite conformar un mínimo de derechos reconocidos por los regímenes políticos democráticos.

En consecuencia, los juicios prácticos adquieren *capacidad razonabilidad*, cuando toman como fundamento discursivo a los derechos humanos. Claro que esto implica un proceso de interpretación y la elección de criterios de aplicación, frente a lo cual puede generarse algún tipo de conflicto, en el que resulta importante mantener una actitud alejada de todo tipo de fundamentalismos en los participantes, en la medida que se pretenda alcanzar acuerdos razonables sobre cuestiones de justicia política. Para lograr esto, se requiere que el discurso se mantenga dentro de los límites de las convicciones razonadas y se utilicen construcciones lógicas de inferencia, apropiadas a las cuestiones políticas fundamentales. Los argumentos deben construirse en base a las creencias, las razones y los valores políticos compartidos por la comunidad, de tal forma que la justificación pública puede partir de premisas compartidas y puedan ser suscriptas por una amplia mayoría, como producto del resultado del consenso social.

Lo expuesto, nos permite afirmar que la concepción política de justicia ya no implica decir exactamente cómo han de resolverse las cuestiones, sino presentar un marco de pensamiento en el que se pueda plantear, las posibilidades de producir acuerdos completos, en la cual los derechos fundamentales juegan un rol singular como parte de la búsqueda de una justicia entendida como equidad a pesar de las cambiantes circunstancias sociales.

VI. Fundamentos del discurso jurídico

Según lo expuesto anteriormente, bien podemos pensar que necesitamos dar una fundamentación discursiva de los derechos humanos, atento que son la razón última de todo discurso jurídico y solo en ellos encontramos los criterios que sustentan la argumentación del razonamiento práctico, en la medida que se pretenda logra un mayor grado de verosimilitud y previsibilidad.

Debemos recordar primeramente, que las reglas de la moral positiva generan en el discurso la necesidad de recurrir a distintos tipos de principios, que se encuentran explicitados en una moral de tipo ideal. Esta moral positiva a la que nos referimos, es de tipo descriptiva, surgida de la búsqueda del hombre por la justificación de sus actos y decisiones (NINO, 1989: 93). Una moral social de este tipo, se mantiene sólo en la medida en que hay cierta convergencia en los juicios morales críticos que la gente está dispuesta a formular. De tal modo que sería equivocado aislar completamente las normas de una moral ideal de una moral social.

El derecho tiende a reducir los conflictos sociales y a facilitar la cooperación a través de dos elementos que en conjunción lo distinguen de los otros sistemas normativos: la *autoridad* y la *coacción*. Sin embargo, ningún sistema jurídico puede preservarse sólo sobre la base del temor que sustentado por el miedo ante la coacción. Sino que además se requiere de la creencia, en la legitimidad moral de los órganos del sistema, difundida entre buena parte de los súbditos.

Cuando Hart realiza un análisis del punto de vista interno, no solo hace descripción del Derecho, sino que también toma en cuenta su aspecto prescriptivo y valorativo, porque entiende que de otra forma el derecho sería un tabú sin sentido. Explicando que la coincidencia fáctica entre el Derecho y la moral se encuentra dada en la relación existente entre los sistemas jurídicos con criterios morales de validez. No obstante, una interpretación razonable del derecho debe tener en cuenta principios morales. Esto nos permite vislumbrar un cierto ajuste del Derecho a la moral social convencional (PETTORUTI y SCATOLINI, 2005: 72).

Esto nos permite entender que el derecho, para cumplir su finalidad, requiere de convicciones morales, ya que sin el apoyo de la moral el derecho proporcionaría solo razones prudenciales que resultan ser insuficientes, en la medida que los individuos no se sientan obligados por ella.

El discurso moral, constituye una técnica en la que convergen ciertas conductas y actitudes que dan sustento a las razones morales. Así, por medio de las argumentaciones expuestas en el discurso moral, se ponen de manifiesto aquellas conductas que evitan conflictos y facilitan la cooperación social a través del derecho. Como en los juegos, se puede sugerir que el discurso moral, es una actividad que se desarrolla conforme a reglas implícitas, que establecen cual debe ser la próxima jugada, en función de la formulación de juicios, que nos dicen si existen razones para la acción.

Las razones de nuestro actuar se encuentran en la concepción del mundo y de nosotros mismos. En este sentido los derechos humanos se convierten esencialmente en una justificación de esta comprensión, que encuentra su fundamento en la moral positiva (ALEXY, 2009: 177).

Este discurso moral, está dirigido a obtener la convergencia de actitudes a través de la aceptación libre de aquellos principios que deben guiar las acciones, frente a aquellas conductas que otros puedan realizar. En tanto que, no puede dejarse de reconocer siempre el ámbito específico en el que reina la autonomía moral.

Así, podemos enunciar que un juicio que expresa lo que debe moralmente hacerse, puede analizarse como un juicio que predica la realización de la acción "x" la que en ciertas circunstancias fácticas de índole genérica y en función de un principio público, sería aceptada como justificación última y universal de las acciones por cualquier persona participante, que fuera plenamente racional, absolutamente imparcial y que conociera todos los hechos relevantes.

Esto nos permite llegar a la conclusión que un juicios morales son correctos, si los principios morales lo exigen, encontrando aprobación en todas las personas plenamente racionales. Según la teórica-

discursiva, tanto la verdad práctica como la corrección de las normas dependen de la aprobación de la argumentación que se pueda dar en ellos, bajo condiciones ideales. En este sentido, el discurso jurídico, por más que tiene un aspecto ideal pretende alcanzar la maximización de utilidades, en función de la búsqueda de la mejor realización los derechos humanos.

Para Carlos Nino es posible explicar los derechos humanos partiendo de una concepción liberal de la sociedad, porque de la combinación de los principios liberales resulta posible derivar derechos fundamentales. En tal construcción, los derechos humanos pueden ser justificados racionalmente, desde una concepción metaética.

Estos principios liberales sustantivos que dan fundamento a los derechos humanos, serían los siguientes:

1. Autonomía de la persona: se relaciona con la libertad de hacer, para lo cual debe tenerse en cuenta la igualdad entre las personas. Sin embargo, cabe destacar que todo tratamiento igualitario no puede ser independiente de alguna concepción de lo que es bueno para el hombre y para su propia vida. El trato que se dispensa a una persona como un igual, explicita la forma en que alguien desearía ser tratado.

Este principio de la autonomía nos permite inferir otros principios: integridad corporal y psíquica, la libertad de asociación, de expresión y libertad en el desarrollo de la vida privada. Cada uno de estos principios, tienen dos aspectos diferentes, uno relacionado a la moral autorreferente, dada la vinculación con en la adopción de ideales de excelencia, y otro consistente en la veda hacia el Estado y a los otros individuos de interferir en su ejercicio.

De tal modo, que una de las reglas del discurso moral positivo consiste en la afirmación que “es deseable que la gente determine su conducta sólo por la libre adopción de los principios morales que, luego de suficiente reflexión y deliberación, se juzgue valioso” (NINO, 1987: 230).

2. Principio de inviolabilidad de la persona: se relaciona con la libertad de las conductas, cuyos efectos recaen sobre el propio agente. Los derechos funcionan como restricciones laterales a la persecución de objetivos colectivos, como afirma Dworkin, los derechos son cartas de triunfo que, cuando se sacan a relucir, descalifican la legitimidad de cualquier medida que subordine a los intereses protegidos al bienestar o a la utilidad general.

La función principal de los derechos es la de limitar la prosecución de objetivos sociales colectivos. Establecen una barrera a los objetivos que persiguen un mayor beneficio para su grupo de pertenencia. Por supuesto que esto no excluye la legitimidad de perseguir objetivos sociales colectivos. Se puede promover el bien común cuando ello no implica vulnerar los derechos individuales básicos. En este sentido como sostiene Peces Barba, la visión colectivista postula entidades supraindividuales que tienen un status ontológico autónomo con intereses específicos e independientes de los individuos que la integran. De este modo, el bien común es reductible al bienestar de los miembros de la sociedad que se toma como marco de referencia.

El reconocimiento del principio de inviolabilidad de la persona no sólo implica la limitación de la persecución de intereses grupales, sino que además, limita en algunos casos, el procedimiento para la toma de las decisiones mayoritarias, en la medida que siempre deben privilegiarse los principios fundamentales, por sobre los derechos particulares.

Los derechos individuales están destinados a convertir al sujeto en el único árbitro sobre aquellas áreas protegida por el propio derecho.

3. Principio de la dignidad de la persona: Consiste en valorar las acciones, teniendo en cuenta sus efectos sobre los derechos o el bienestar de la gente.

En función de las conductas manifestadas se puede asignar responsabilidad por medio de la formulación de un juicio acerca del valor moral de las acciones. No obstante, advertimos que respetar

la libertad del individuo no es lo mismo que satisfacer sus deseos. Dicho respeto depende, de que el individuo asuma las consecuencias que hayan tenido sus decisiones. Por este motivo se dice que: *“los hombres deben ser tratado según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento”*.

A la luz de las reglas del discurso moral debemos considerar la significación de la voluntad, independientemente de los factores causales que puedan determinarla, porque los principios básicos del liberalismo están apoyados en aspectos estructurales del discurso moral.

Ahora bien, Nino afirma que el resultado del discurso permite establecer un consenso ideal que garantiza la verdad o la corrección del mismo. Los discursos reales, nunca pueden garantizar la corrección moral. No obstante es posible establecer una relación entre los discursos reales o ideales, tomando como base distintas posiciones (ALEXY, 2009: 197).

La primera posición que llamaremos facilitadora, sostiene que la discusión se hace posible el acceso a la verdad moral. De modo tal que, el seguimiento de las reglas del discurso, lleva en sí una presunción de corrección.

Una segunda posición que le damos el nombre de utilitaria, afirma la comunicación de intereses, solo se produce cuando cada uno de los participantes puede comunicar sus intereses y discutir el peso relativo que poseen.

La última teoría explica que podemos llamar de la falibilidad, entiende que solo es posible una aproximación al discurso ideal y que solo tenemos una presunción de corrección, la que puede ser contradicha en cualquier momento. Por lo tanto, todos los consensos reales siempre son falibles.

Todo lo dicho nos lleva a firmar que existe una íntima relación entre discurso y democracia, porque sólo el discurso nos permite aproximarnos a la verdad moral, y a su vez solo en la democracia es posible pensar el discurso.

Bien podemos observar que se presenta una gran dificultad a la hora de obtener consensos. La mejor opción desde un sentido práctico, consiste en mantener la regla de la mayoría, a la que debe someterse toda decisión. Asimismo, sigue teniendo importancia los argumentos escogidos para la fundamentación racional del discurso, cuando existe la pretensión de convencer sobre la corrección de las ideas.

VII. La validez del discurso

Las sociedades civilizadas necesitan reglar la convivencia por medio del derecho. La utilidad de los derechos humanos, como protectores de la autonomía de los individuos, si bien debemos reconocer que no hablamos de una autonomía ilimitada y sin restricciones, sino de una autonomía que le otorga fundamento a los derechos. (2)

Para que el discurso jurídico sirva en la construcción de consensos y contribuya a la convivencia hay que partir de la base del reconocimiento de la igualdad y la libertad del interlocutor.

El discurso intenta mover al interlocutor para que este descubra el grado de corrección del hablante, mediante la utilización de persuasiones que le permitan convencerse de su verosimilitud.

La resolución de los conflictos sociales depende, por un lado de los consensos discursivamente alcanzados y por el otro, de la posterior ejecución de las resoluciones a las que se ha arribado, teniendo en cuenta que la acción debe respetar los principios que se juzgaron como correctos y consecuentes-

(2) Coincidente Juan Carlos Smith plantea como tesis que la función lógico trascendental del derecho requiere de una categoría de conocimiento particular a la que llama posibilidad de ser en el que se coimplican el deber jurídico (obligación) y la facultad jurídica (derecho subjetivo), reconociéndose así el carácter de posibilidad que plantea el derecho en la medida que conoce, conductas a priori y predica su consecuencia (PETTORUTI y SCATTOLINI, 2005: 308).

mente fueron válidos. Ahora bien, debemos aclarar que esto no implica caer en la antinomia entre discurso y acción, sino más bien en pensar en la concreta relación.

Podemos reconocer que el *principio de autonomía* funciona como un supuesto necesario para todos los discursos morales o jurídicos, cuando afirmamos que determinados derechos valen, porque son discursivamente necesarios para el sistema democrático. Esta fundamentación directa de los derechos humanos se opone a una fundamentación de tipo indirecta que solo desde un análisis teórico discursivo pretende establecer las reglas de procedimiento satisfactorias.

Robert Alexy niega la posibilidad de derivar los derechos humanos directamente de las reglas del discurso, porque estas son meras reglas del habla que no tienen implicancia en el ámbito de la acción (SIEKMANN, 2006: 214). Así, afirma que los argumentos necesarios del discurso se basan en la autonomía, el consenso y la democracia, principios que si bien son independientes, también se relacionan y apoyan mutuamente.

En consecuencia, el discurso logra *validez subjetiva*, cuando llega a legitimarse, logrando el reconocimiento del principio de autonomía, por lo que toda línea de acción se funda en la libertad de los participantes, que se expresa en una reflexión seria y genuina.

La *validez objetiva* del discurso, depende de la maximización de utilidades o mejor dicho del provecho que las partes pudieran haber sacado.

VIII. De los principios y los derechos

Nos interesa remarcar ahora las características de los principios que animan a los derechos humanos, que los hacen tan particulares distinguiéndolos de las normas generales y relacionándolos con aquellos derechos y garantías constitucionales y que junto con ellos, por lo menos en el sistema jurídico argentino, forman parte de lo que ha dado en llamarse el bloque de constitucionalidad, integrándose a la primera parte de la Constitución Nacional y por lo tanto conformando ese núcleo duro de derechos, llamados así por su dificultad para ser modificados.

Estas características nos permiten entender aun más su función e importancia, como derechos jerárquicamente superiores en la estructura del ordenamiento jurídico, por lo que señalamos los siguientes presupuestos:

Presunción de auto-ejecutividad: son aplicables a un caso concreto sin necesidad de una ley del derecho interno que lo reglamente, salvo el caso de normas indefectiblemente programáticas. De tal forma podemos afirmar que poseen una presunción de operatividad por sí mismos.

Progresividad: extienden su protección a algunos derechos que antes no gozaban de reconocimiento, haciéndolos ejecutables.

El régimen de protección internacional de los derechos humanos tiende a expandir su ámbito de modo continuado e irreversible, tanto en lo que se refiere al número como al contenido de los derechos protegidos.

Irreversibles: el reconocimiento de la dignidad humana no admite relativismos, por lo tanto estos derechos siempre se refieren de forma expresa o implícita a la dignidad de la persona humana como fuente de derechos, porque la propia dignidad es asimismo, la inspiración de los derechos humanos, que a su vez es contemplada en el derecho internacional. Por lo tanto el estado que reconoció ese derecho como derivado de la dignidad humana deberá seguir reconociéndolo, obligándose a no limitarlo o anularlo.

En el caso de la Constitución Argentina, el art. 75 inc. 22 es el encargado de determinar el ingreso de la normativa internacional al bloque de derechos humanos. Dicho bloque no debe entenderse como una categoría cerrada, en tanto que prevé la posibilidad de incorporar nuevos instrumentos a la jerarquía constitucional, sobre la temática de los derechos humanos, los que se encontrarán en un mismo pie de igualdad con los expresamente mencionados por el texto constitucional (MANILL,

2003: 213). En consecuencia ellos, forman parte de los derechos constitucionales, en la medida que se encuentran reconocidos por la constitución al asignárseles la misma jerarquía normativa que les permite alcanzar el mismo valor constitucional que el resto de los derechos y garantías. Esto manifiesta la voluntad del estado de elevar a los tratados internacionales a una misma escala jerarquía que mantiene la constitución.

La visión escalonada del derecho de Adof Merkel y Kelsen nos permite entender lo que queremos decir cuando hablamos de jerarquía de las normas jurídicas, al establecer una gradación de las normas, en relación a la posibilidad que otras normas puedan ser derivadas lógicamente de la primera que le otorga validez a las restantes. Este sistema escalonado de producción del derecho, reconoce un proceso sucesivo en el que no solo se ejecuta el derecho, sino también en el cual existe un proceso de creación, motivo por el cual podemos señalar que los actos jurídicos tienen una función ejecutiva del derecho y creadora del derecho (WALTER, 2001: 59). Esto nos permite concluir que los derechos como pertenecientes al bloque de constitucionalidad poseen una jerarquía superior y son fuente de validez de las normas jurídicas particulares, y que por lo tanto todo pronunciamiento judicial alcanza cierto grado de validez solo si se fundamenta en ellos y resuelve la cuestión particular según los criterios estipulados por estos derechos.

Recordemos que para Kelsen todo sistema de normas jurídicas nacionales o internacionales tiene la misma función, que consiste en obligar a las personas sometidas por él a conducirse de cierta manera entre sí. Ahora bien, solo me obliga aquello que se encuentra prohibido, como bien reza el principio de clausura: *lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido*, común a todo ordenamiento. Por eso entendemos que cada Estado asume un compromiso, suscribiendo o adhiriendo a los pactos internacionales, haciéndose directamente responsable por su incumplimiento. El derecho internacional, no puede dejar de ser considerado como ordenamiento jurídico, si partimos del supuesto que los Estados se encuentran sometidos a él (KELSEN, 2003: 65).

En resumen, los derechos humanos como parte del derecho internacional, son tan derecho como cualquier otra norma jurídica, en la medida que cada estado nacional los reconoce, sin que para que ellos rijan sea necesaria una legislación especial o un proceso de incorporación. Es más, ellos son jerárquicamente superiores y transmiten su validez al discurso jurídico en la medida que estos sean parte de su fundamento. Solo apoyándose en los derechos fundamentales los pronunciamientos encuentran corrección discursiva, por lo que son pasibles de un control de logicidad, en la medida que cada Estado se encuentra obligado por el ordenamiento internacional a llevar a un plano de ejecutividad los derechos humanos.

IX. Una justificación de los derechos

Si definimos los derechos fundamentales desde su justificabilidad, estamos sosteniendo que son útiles a la hora de encontrar criterios lógicos en la toma de decisiones. Sin embargo, no solo responden a una preocupación teórica, sino que además deben ser tenidos en cuenta como criterios fácticos, en tanto que exigen su concreción (ARANGO, 2004: 103). Cualquiera puede invocar su violación, con la intención de lograr su reconocimiento explícito, siendo el juez quien debe exponerlos como verdaderamente valiosos, en función de cada situación concreta.

Esta tesis también sostiene la necesidad de reconocer un espacio de autonomía personal, como bien sostiene la filosofía kantiana (3), quedando en el individuo la posibilidad de mejorar aún más su situación material, espiritual o intelectual. Una postura contraria, exigiría de manera autoritaria, imponiendo a todos los obligados la satisfacción de las necesidades sociales en toda su medida, dejando de lado aspectos individuales.

(3) Robert Alexy, reconociendo que los principios de autonomía y universalidad, están ligados a los derechos humanos y a la democracia, por lo que la protección y factibilidad de ambas formas de autonomía es la primera tarea de los derechos humanos en la concepción kantiana (ALEXY, 1995).

Sin embargo, esto no implica caer en una judicialización, de los derechos fundamentales, porque si bien de cada individuo puede exigir su reconocimiento, también podemos afirmar que la acción judicial no puede sustituir a la estrategia política que debe velar por la vigencia de los derechos.

El reconocimiento de la *tesis cognitiva* de los derechos fundamentales nos lleva a sostener que son subjetivos con pretensión de universalidad.

Esta posición normativa se basa en que estos derechos constituyen razones válidas y suficientes, cuyo no-reconocimiento injustificado amenaza con causar un daño inminente e irreparable a su titular.

Su objetividad se manifiesta cuando se produce una resolución negativa contra la que es posible mantener una posición válida, suficientemente fundamentada, que determine la incompatibilidad de la decisión judicial con la Constitución Nacional.

La norma objetiva, establece el criterio de interpretación y ejerce una función correctora, por medio del *control constitucional*.

La *teoría de la justicia*, por su parte, permite encontrar la *justificabilidad* de los derechos sociales fundamentales, afirmando que estos derechos corresponden más al ámbito de la justicia compensatoria que al ámbito de la justicia distributiva. Esto no quita que dejemos de entender la importancia de la justicia distributiva para asegurar un mínimo social que permita satisfacer las necesidades básicas, que se corresponden con los derechos sociales mínimos.

Sabemos que todo sistema jurídico existe en un espacio y un tiempo determinado. Algunos han afirmado que hay algo universal, absoluto y necesario, en todo ordenamiento, por lo tanto sostuvieron la existencia de principios, normas o valores que permanecen sin modificaciones. Sostener ambas cuestiones ciertamente puede resultar contradictorio. Robert Alexy ha explicado que la independencia espacio y temporal de un ordenamiento normativo, se da en cualquier época siempre que este posea todas las propiedades necesarias para ser un sistema jurídico (ALEXY, 2005: 70).

Esto nos lleva a pensar en caracteres formales del derecho, imprescindibles a la hora de definir un sistema jurídico. Pensemos solamente en los conceptos de obligación, permiso y prohibición, como universales jurídicos formales, conceptos que encontramos claramente en la descripción que realiza Hart cuando describe a las reglas secundarias de adjudicación como aquellas que otorgan capacidades y potestades jurídicas públicas o privadas.

Claro que hay muchos aspectos formales sobre los que el propio Alexy no profundiza como los conceptos de validez, sanción y jerarquía enunciados por Kelsen, que también formarían parte del carácter universal del derecho. Sin embargo el interrogante es más áspero, cuando se piensa en universales jurídicos materiales.

Alexy encuentra este universal material del derecho en la *pretensión* de todo sistema jurídico por alcanzar cierto grado de *corrección*. Dicha pretensión de carácter formal, se ve como un puente entre una dimensión sustantiva y una dimensión formal, sobre todo porque la corrección se relaciona con criterios de justicia. El aspecto sustantivo del derecho, tiene como objetivo establecer criterios de corrección, que podemos descubrir en la formulación de los derechos humanos.

Por lo tanto, nos resulta lógico sostener que la norma, cuando resulta ser incompatible con los derechos humanos básicos, la podemos considerar como injusta. En tanto que carece de validez moral y pero si jurídica, si tenemos en cuenta una relación entre la moral y el derecho, si se trata de observar las características materiales del derecho. (4)

El otro tema de debate, que se presenta al momento de analizar el desarrollo de los derechos humanos, tiene que ver con su *historicidad*, y por lo tanto con la posibilidad de su relativización. Alexy no

(4) Alexy se aleja de Habermas quien afirma que los derechos humanos no tienen relación con la moral ni son preestatales por lo que poseen originariamente naturaleza jurídica (ALEXY, 2004: 16).

desconoce que estos derechos dependen en gran medida de la práctica social y de las circunstancias generales, que determinan los distintos paradigmas jurídicos, como fue por ejemplo en su momento la abolición de la esclavitud. Cada época puede, ignorar el carácter de extrema injusticia que se encuentra en las institución jurídica que el derecho regula, por motivos de ceguera moral o error moral. Esto no quita que la esclavitud pueda ser considerada como una institución extremadamente injusta, porque que no existe discurso racional que pueda justificarla.

Así entendido, el derecho se presenta como una “contingencia reflexiva, que de una parte, es relativa al tiempo y de la otra trasciende el tiempo, en tanto aspira a la realización de la idea regulativa de verdad o corrección práctica” (ALEXY, 1995:87).

Quien ha formulado esta idea de injusticia extrema, tomada con posterioridad por Alexy, ha sido Gustav Radbruch, quien prefirió establecer la relatividad del derecho siguiendo el pensamiento del criticismo kantiano, demostrando sin duda que la formalidad que presenta la cultura y el derecho son universales y absolutamente válidas. Si bien entendemos que el contenido de la cultura o el derecho dependen de las realidades empíricas, totalmente relativas, podemos decir que este relativismo implica una renuncia a la razón teórica, pero también una fuerte apelación a la razón práctica. Puesto que es imposible verificar lo que es justo, podemos establecer lo que debe ser jurídico (RADBRUCH, 1992: 4).

En este sentido, coincidimos con Kelsen cuando afirma que el positivismo científico, está asociado al relativismo porque no se puede evaluar una institución social en forma incondicional o, lo que es lo mismo, no se le puede atribuir un valor absoluto, en tanto que pertenece a la esfera de lo trascendental (KELSEN, 2006: 16).

Cuando por un acto de autoridad se obliga a respetar determinadas libertades de los sujetos en aras del orden social, se le reconoce al derecho total autonomía, para influir en la conducta de los hombres. De igual modo, la independencia del juez no es otra cosa que la manifestación de la autonomía del derecho frente al interés estatal.

Esta autonomía del derecho, que puede ser reconocida como una característica esencial, permite que frente a las presiones o intereses políticos se mantenga la seguridad jurídica.

Dicha seguridad se presenta como un valor fundamente al mundo jurídico, en tanto que resulta indispensable una sociedad democráticamente constituida, con instituciones participativas abiertas al diálogo y a la pluralidad de intereses.

La seguridad jurídica es presentada por Radbruch como una de las exigencias de la justicia, porque el derecho es seguro cuando “hoy y en este lugar” es interpretado y aplicado de una manera, y “mañana y en otro lugar” de la misma forma. (5)

Es interesante recordar que Kant es quien expone la idea de “*extrema maldad*”, que se presenta en el terreno jurídico, en la medida que exista un conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica, debiéndose resolver en estos casos, por la primacía del derecho positivo, aún cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, salvo que esta contradicción alcance una medida *insoportable*, por lo que se debe buscar la realización de las exigencias de justicia, minimizando el posible sacrificio de la seguridad jurídica.

Con una claridad meridiana Radbruch traza la relación entre justicia como fin y seguridad jurídica, al afirmar: “nosotros tenemos que buscar la justicia, al mismo tiempo que respetar la seguridad jurídica, pues ella misma es una parte de la justicia, y construir de nuevo un Estado de derecho, que realice esos dos pensamientos en lo posible hasta la saciedad” (RADBRUCH, 1992: 42).

(5) Alexy reconoce en la seguridad jurídica un valor universal, que se manifiesta en el *stare decisis*, que otorga al derecho previsibilidad y trato igualitario de los casos semejantes (ALEXY, 2005: 84).

X. Conclusión

De este modo podemos concluir reconociendo que el eterno objeto del derecho es el hombre y siempre el hombre. Son sus hechos, su modo de vida, la manera de obrar o la conducta habitual, en definitiva, aquello que damos en llamar moral positiva y que es construido por el hombre, lo que genera el derecho antes de ser escrito o discutido. Sabemos que la moral positiva, para constituirse como tal en una sociedad democrática, debe basarse en los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad. En la construcción de esta moral resulta imprescindible descubrir el papel que juegan los derechos humanos, porque su quebrantamiento genera un perjuicio para otro hombre y un ultraje para la sociedad en la medida que ellos tienden a establecer los caminos que nos permiten transitar la solidaridad humana.

Los derechos humanos son la respuesta a determinadas agresiones e injusticias perpetradas contra la humanidad. En este sentido, los derechos fundamentales vienen a poner un límite, a aquellos que pretenden erguirse por encima del resto de los mortales, contrariando los principios de libertad e igualdad, con la sola razón que otorga el ejercicio del poder, ya sea político o económico. (6)

Como afirma Pérez Luño, han jugado un papel histórico incuestionable, aunque resulten muchas veces imprecisos y confusos; han permitido formalizar los sentimientos morales en instituciones jurídico-políticas con una fundamentación racional (PÉREZ LUÑO, 2005: 24).

Los derechos humanos no solo son el fundamento del Estado de derecho, sino que además permiten su legitimación en la medida que sean garantizados y defendidos.

La búsqueda de la corrección de la decisión judicial comienza por el reconocimiento de los derechos. En este sentido, la actividad interpretativa es una tarea de síntesis, que comienza por la clarificación del lenguaje normativo y finaliza con la búsqueda de la corrección, llevando a cabo un proceso de valoración de la conducta humana.

La responsabilidad del juez se muestra en la toma de decisiones que se fundamentan desde un triple aspecto jurídico, moral y político; de esta forma, la moral positiva aparece incluida como fundamento argumental del discurso jurisdiccional.

Explicar la objetividad de los derechos fundamentales implica pasar de una concepción absoluta a una situacional. Lejos de intentar convertir a los jueces en moralistas autoritarios, pretende llegar a un reconocimiento de los derechos sociales, porque sabemos que ellos permiten corregir situaciones que afectan a sectores marginados o discriminados, para que se construya una teoría constitucional adecuada a los países caracterizados por una profunda desigualdad social.

El discurso jurídico no puede dejar de hacer referencia a los derechos humanos no solo por la importancia jerárquica dentro del ordenamiento jurídico, sino también porque marcan un mínimo de posibilidad de consenso, necesario en todo proceso argumentativo, atento que conforman las pautas axiales de la actividad interpretativa, sobre las que debe contextualizarse en función de la correcta comprensión de las normas jurídicas, cuando son considerados como criterios de razonabilidad. Son la condición necesaria de legitimidad del discurso jurídico cuando este se pronuncia sobre alguna cuestión en la que el ordenamiento, se encuentre involucrado.

Estos derechos toman como fundamento los principios de la moral positiva, haciendo de esta forma posible obtener un mínimo de justicia, que debe ser reafirmado desde una esfera política, para que los consensos mínimos dejen de ser parte del discurso ideal y se transformen en realidades sociales.

La filosofía kantiana nos ha permitido reconocer en los principios de la dignidad de la persona y la autonomía personal los pilares sobre los que descansan los derechos humanos. Sin embargo, su validez objetiva depende de la maximización de sus posibilidades fácticas tendientes a la concreción

(6) Kant reconoce, que el poder siempre corrompe el ejercicio de la razón. Y que solo se puede conciliar la filosofía y la política, si el gobierno tiene como base el principio de la igualdad (KANT, 2007: 67).

material del discurso. Por lo tanto, dicha corrección depende de la aplicación de las Convenciones Internacionales en la creación de las normas particulares o mejor dicho en la sentencia judicial.

XI. Bibliografía

ALBERDI, Juan Bautista, 1947. *El crimen de la guerra*. La Plata: Calomino.

ALEXY Robert. 2009. "Fundamentación de los Derechos Humanos en Carlos S. Nino" en *Nexo*. Disponible en: www.cervantesvirtual.com (Fecha de consulta: 19/03/2014).

ALEXY, Robert, 1995. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

ALEXY, Robert, 2005. *Institucionalización de la justicia*. Granada. Comares.

ARANGO, Rodolfo, 2004. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

CONGRESO MUNDIAL DE LA ASOCIACIÓN DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DE LA FILOSOFÍA SOCIAL, 1997. La inserción de la persona humana en el estado democrático. Germán Bidart Campos. Buenos Aires: Argentina.

COSSIO, Carlos, 1987. *Radiografía de la Teoría Ecológica*. Buenos Aires: Depalma.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, 2004. *Derechos Humanos e injusticias cotidianas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

KANT, Manuel, 2007. *Hacia la paz perpetua, un proyecto filosófico*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes.

KANT, Manuel, 2004. *Teoría y praxis*. Buenos Aires: Leviatán.

KELSEN, Hans, 2006. *¿Una nueva ciencia de la política?* Buenos Aires: Katz.

KELSEN, Hans, 2003. *La paz por medio del derecho*. Buenos Aires: Losada.

MANILL, Pablo Luis, 2003. *El bloque de constitucionalidad*. Buenos Aires: La Ley.

NINO, Carlos Santiago, 1989. *Ética y derechos humanos*. 2da edición. Buenos Aires: Astrea.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, 2005. *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y teoría del derecho*. Lima: Palestra.

PETTORUTI, Carlos Enrique y SCATOLINI Julio César, 2005. *Elementos de introducción al Derecho*. Buenos Aires: La Ley.

RADBRUCH, Gustav, 1992. *Relativismo y derecho*. Santa Fe de Bogotá: Temis.

SCARVINO, Dardo, 2007. *La filosofía actual*. Buenos Aires: Paidós.

SIECKMANN, Jan Reinard, 2006. *El modelo de los principios del derecho*. Buenos Aires: Universidad Externado de Colombia.

SMITH, Juan Carlo, 1998. *El desarrollo de las concepciones iusfilosóficas*. Buenos Aires: Depalma.

VILANOVA, José Manuel, 1993. *El concepto del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

VILLAR BORDA, Luis, 2004. *Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

WALTER, Robert, 2001. *La doctrina del derecho de Hans Kelsen*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Consideraciones sobre la renuncia laboral en el derecho argentino

POR ADOLFO NICOLÁS BALBÍN (*)

Sumario: I. Introducción. Marco general. — II. Conceptualización. Marco específico. — III. Sentido del instituto. — IV. Caracteres. — V. Irrenunciabilidad y renunciabilidad. — VI. La renuncia tácita. — VII. Conclusión. — VIII. Bibliografía.

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto analizar una de las instituciones fundamentales del Derecho del Trabajo, a la luz del paradigma actual de las ciencias jurídicas, sin perder como punto de estudio la comparación con los antecedentes necesarios para comprender el análisis de lo estudiado.

Se trata de reflexionar sobre la renuncia laboral como herramienta fundamental en cabeza de los trabajadores y trabajadoras, como defensa permanente de sus derechos personales, escapando a las viejas ataduras jurídicas de las que, sin embargo, conserva ciertos sesgos.

Se analiza el instituto desde un punto de vista jurídico, aunque también histórico, político, sociológico, y filosófico, entendiendo que esta es la mejor manera de adentrarnos al análisis serio y útil de nuestro objeto de estudio.

Para lograr los anteriores objetivos, procedimos a hacer una breve descripción histórica vinculada al tema a tratar, para luego definirlo técnicamente y proceder a la explicación de cada uno de sus caracteres. Posteriormente se tratan dos puntos vinculados -la irrenunciabilidad y la renuncia tácita-, y se finaliza con una conclusión.

Palabras clave: Renuncia, contrato, trabajo.

CONSIDERATIONS ON WORK RESIGNATION IN THE ARGENTINE LABORAL LAW

Abstract: This paper aims to examine one of the fundamental institutions of Labor Law, in light of the current paradigm of legal science, without losing the point of the study compared with the background necessary to understand the analysis of the study.

It is resignation reflect on labor as a fundamental tool in head workers as permanent protection of their personal rights, escaping the shackles of the old law, however, retains certain biases.

The institute is analyzed from the point of, but also historical, political, sociological, philosophical and legal perspective, understanding that this is the best way to get inside the serious and useful analysis of our object of study.

To achieve the above objectives, we proceeded to make brief historical descriptions linked to the topic, and then proceed to define technically and explanation of each of its characters. Subsequently, two related points are discussed - the irrevocability and waiver tacit, and ends with a conclusion.

Key words: resignation, contract, labor.

(*) Docente de Derecho Social (del Trabajo y la Previsión), Cátedra I. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

I. Introducción. Marco general

A lo largo de la historia, el crecimiento de las sociedades se debió, en mayor o en menor medida, a la apropiación de la fuerza corporal de unas personas (1) por otras, y en su beneficio personal casi exclusivamente, caracterizando esta evolución como una progresión (luego se verá su medida) de poder en beneficio de una clase social, con el correlativo detrimento de la otra.

Es evolución desnivelada de poder, hizo que se escribiera de manera permanente y siglo tras siglo, una historia de sufrimiento y sometimiento, disfrazada de diversas maneras, con cambiantes ropajes y máscaras, ocultando el verdadero rostro de la miseria, de miseria humana.

Se recurrieron a variadas figuras jurídicas en este imbricado camino de vinculaciones paralelas: por un lado el explotado con su familia —a la que debía mantener y hacer sobrevivir—, del explotado con su patrono —aún en el recurso histórico de diversas denominaciones para denominar en esencia una misma relación—, el explotado como ente terrenal y una institución fuerza, eje de control social durante siglos (aún hoy permanece e incluso en épocas actuales se avizora su crecimiento constante, nuevamente), llamada Iglesia. La atribución de diferentes nombres llevó a la literatura jurídica a denominar esas diferentes formas de relacionarse como esclavitud, servidumbre, contrato, caracterizando cada una de ellas un momento histórico diferente y determinado, aunque más no sea de manera relativa. (2)

La esclavitud caracterizada por un sometimiento permanente, continuo y absolutamente cosificante del dador de la fuerza de trabajo en beneficio de un *dominus*. Propiedad de la tierra, de los medios de producción, de los frutos y del esclavo.

La servidumbre, como relación de tipo personal en adhesión a la tierra, de cuando la misma comenzó a avizorarse como bien de acumulación y riqueza. Propiedad de la tierra, de parte de los frutos y guardián y cuidador del siervo, incorporado a esa relación tal vez por la aparente estabilidad personal y real brindada por quien tal vez agrietó como nadie hasta entonces el poder real del monarca, caracterizando este peculiar momento en la evolución histórica del Medioevo.

El “contrato” típico del industrialismo, como falsedad inicial. Con las nuevas técnicas de producción, ya desde el siglo XV se avistó esta nueva etapa de “desarrollo” social, a la par que se trató de justificar y consolidar con nuevos instrumentos locales e internacionales. Inglaterra, y luego Estados Unidos y Francia juegan en esta etapa un papel fundamental. Aquí, la Revolución Francesa y con ella la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano han jugado un papel históricamente destacable, más allá de que en los hechos sirviera más como expresión de deseo que como institutos aplicables. (3) Propiedad de la fábrica, de los frutos.

Aunque inicialmente se intentó justificar la apropiación de la fuerza de trabajo en el industrialismo bajo el manto de un contrato de derecho civil clásico (compraventa, locación de servicios o de obra) muy pronto se reconoció la desigualdad vigente en esa vinculación y la inutilidad en la invocación

(1) Se entiende a la palabra persona en el sentido natural de la palabra, como todo ser humano y, como tal en intercambio permanente de experiencias con otros sujetos.

(2) Se piensa desde aquí la vigencia tan presente hoy día de diferentes formas de explotación, ocultas tras el manto de la denominada “post modernidad”, como instrumento de fácil acceso para los centros de poder, interesados en poner el manto sobre la realidad económica, temerosos del reingreso en escena de posibles modelos ajenos a sus objetivos clasistas y sectorizados, válvula de escape cotidiano de nuestra sociedad.

(3) Se destacan sobre el punto los arts. 1º, 2º y 16 de la mencionada Declaración, cuyo texto se transcribe a continuación: I. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en cuanto a sus derechos. Las distinciones civiles sólo podrán fundarse en la utilidad pública. II. La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. XVI. Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución.

de figuras que nada tenían que ver con la forma en que cotidianamente eran explotadas millones de personas, en el marco de un sistema de producción asesino y clasista.

Muy pronto la cuestión social se convertiría en la protagonista de la escena internacional, a partir de la toma de conciencia de la clase trabajadora, ayudada por la colectivización de los intereses de clase, en épocas del nacimiento de los primeros movimientos colectivo-profesionales: primeros sindicatos, primeras huelgas, primeros convenios colectivos de trabajo, eventos que sin duda han marcado un antes y un después en la progresión de la materia.

En medio de estos hechos sociales políticos y económicos, nace el Derecho del Trabajo, como disciplina teóricamente de mirada unidireccional, llamada a desnivelar en beneficio de una de las partes, la relación marcadamente desigual habida entre el ahora trabajador y empleador. (4)

II. Conceptualización. Marco específico

La renuncia es una de las modalidades de extinción del vínculo de trabajo y una de las instituciones más importantes de todo el sistema jurídico laboral.

Puede ser caracterizada como un acto jurídico unilateral, voluntario, recepticio, inmotivado y formal a partir del cual el trabajador pone fin al vínculo obligacional que lo une con el empleador.

En nuestro sistema jurídico nacional, está receptado en el art. 240 (5) de la LCT que consagra el derecho del dependiente de extinguir el contrato de trabajo, haya mediado o no preaviso, exigiendo como requisito elemental para su validez el cumplimiento de determinadas formalidades expresamente consagradas.

III. Sentido del instituto

No por casualidad este trabajo ha comenzado mencionando someramente los institutos históricos con que se ha tratado de justificar la apropiación de la energía corporal de las personas a lo largo de la historia.

En este sentido vale decir que la renuncia es un instrumento que titulariza el trabajador, y mediante el cual se faculta al mismo para extraerse del vínculo de trabajo que lo une desde un momento con el empleador, sobre la base de la necesidad.

En este entramado, vale mencionar que actualmente el dador de la fuerza de trabajo no se encuentra unido al comprador de esa energía de una manera férrea y eterna, como ocurría en épocas de la esclavitud o el servilismo (6), dotándose al trabajador de la potestad de denunciar en cualquier

(4) Sin ánimo de pervertir el denominado actual contrato de trabajo, se observan, aún a la altura de nuestra época, innumerables institutos poco contractuales, que son el indudable resabio de las viejas formas de explotación económica, pero cuya supervivencia permite poner en tela de juicio el grado de evolución jurídica actual. El poder disciplinario reconocido al empleador en el art. 67 de la LCT es ejemplo de ello. La atribución del art. 4º de la misma ley al empleador, reconocido como “director” de la relación, a la vez que se cosifica la prestación del trabajador, colocándola en escalón primero antes que la propia relación de intercambio (que sería propiamente la base del aparente contrato laboral), es otro ejemplo de ello.

(5) Ubicado el instituto en el Capítulo II, dentro del Título XII que trata sobre las formas de extinción del vínculo de trabajo, su texto expresamente dice: “La extinción del contrato de trabajo por renuncia del trabajador, medie o no preaviso, como requisito para su validez, deberá formalizarse mediante despacho telegráfico colacionado cursado personalmente por el trabajador a su empleador o ante la autoridad administrativa del trabajo. Los despachos telegráficos serán expedidos por las oficinas de correo en forma gratuita, requiriéndose la presencia personal del remitente y la justificación de su identidad. Cuando la renuncia se formalizara ante la autoridad administrativa ésta dará inmediata comunicación de la misma al empleador, siendo ello suficiente a los fines del art. 235 de esta ley”.

(6) Aun cuando esto nos pueda llevar a disquisiciones axiológicas referentes al modo de vinculación del dador y tomador de la fuerza de trabajo, en cuanto a la importancia del valor vida obrera conferida en cada momento

momento y aún sin la comprobación de causa justificada, el contrato de trabajo, terminando con los efectos del mismo —puesta a disposición de la fuerza de trabajo, en el sentido enunciado por los arts. 103 y 197 de la LCT (7)—.

Aún sin coincidir con la denominada teoría del contractualismo laboral, no se puede negar, no obstante, que el grado de protección hoy día vigente para cualquier obrero que desea insertarse a una relación jurídica de apropiación no es el mismo que el existente en siglos anteriores.

El orden público general, y más aún el orden público especial (laboral), cualifican la relación desde su inicio, dotando al trabajador de derechos tuitivos, en una búsqueda —aunque no permanente (8)—, de mejoramiento de su situación personal.

IV. Caracteres

a. Negocio Jurídico

Como se dijo anteriormente, la renuncia es un negocio jurídico. En este sentido, puede citarse la definición dada por Betti, quien respecto del instituto analizado, lo define como el “acto con el cual el individuo dicta ley a sus intereses propios en relaciones con los otros” (JUSTO LÓPEZ: 769).

En este sentido sigue diciendo el autor citado que el negocio jurídico, a diferencia de otros supuestos reconocidos por la norma y a los cuales les atribuye dependiendo de los casos diferentes efectos jurídicos, ya contiene por sí mismo la enunciación de una regla.

En este sentido resulta interesante referenciar las opiniones de Savigny y Santi Romano, en cuanto a la consideración de los efectos de los actos jurídicos, citados ambos por Justo López en un trabajo sobre la materia (JUSTO LÓPEZ: 770-771).

En este sentido, en opinión de Savigny, sólo las leyes crean normas jurídicas, en tanto que los negocios jurídicos solo tienen por función la constitución, modificación o extinción de las relaciones jurídicas.

De la vereda de enfrente, encontramos la opinión de Santi Romano, quién entiende que no solo las leyes del Estado crean normas obligatorias —lo cual respondería a un análisis autoritativo del ordenamiento jurídico—, sino que también la voluntad privada expresada en negocios o contratos privados también pueden tener por efecto la producción de consecuencias jurídicas directamente vinculante para las partes. Expresa en este sentido que el negocio jurídico, antes de ser una fuente de derechos subjetivos, es fuente de normas las que tendrán efecto individual (acotada a un tipo de relación), como también sucede con las sentencias y las muchas de las resoluciones administrativas dictadas en el seno del Estado.

Como se deriva de las líneas expuestas supra, la renuncia del trabajador reúne claramente los requisitos que vinculan al denominado negocio jurídico, siendo en la especie un típico acto de natu-

histórico. Del esclavo útil y mantenido, el siervo cuidado y protegido, al obrero industrial a la vera del vagabundeo y la exclusión social, o la muerte ignorada.

(7) Aquí corresponde mencionar que el contrato de trabajo se efectiviza con la mera puesta de trabajo puesta a disposición del empleador, aún cuando el mismo no la utilice, por el simple hecho de que durante ese lapso, el trabajador se encuentra privado de realizar tareas en su beneficio personal. Es así como la remuneración y la jornada se convierten, desde el vamos, en los instrumentos con que podemos clarificar la existencia de un contrato de trabajo (recaudos generales que no obstan a la existencia de situaciones particulares que los exceden, ejemplo, suspensión del contrato de trabajo por causa inculpada).

(8) La cláusula del art. 17 bis del la LCT, es una pauta con que debemos contar para entender esta situación, y sobre todo como ventana desde la cual avizorar el denominado carácter ambivalente del derecho del trabajo, esta doble cara de la misma moneda. Una moneda cuyo sello enuncia capitalismo y su, sentido, salvaguarda del mismo. Moneda por moneda. Intereses económicos.

raleza laboral, lo que no obsta a la aplicación de la teoría general de los actos jurídicos, siempre y cuando se respeten los elementos particulares de naturaleza tuitiva reconocidos por la materia y que hacen a su esencia (PALUDI, 1974:460).

Producida en las condiciones que marca el art. 240 de la LCT, la renuncia del trabajador tiene como fin la producción de un efecto jurídico determinado: la extinción del vínculo de trabajo que lo une con el empleador, en una relación desigual de intercambio económico. Al respecto vale mencionar que incluso en esta etapa rigen deberes que el legislador ha tomado como elementales del contrato de trabajo, tal como el receptado “principio de buena fe” que consagra el art. 63 de la LCT, lo que tendrá directa injerencia en cuanto a los efectos de la renuncia.

b. Unilateralidad

Decir ello implica que para la producción de sus efectos naturales, la renuncia solo requiere la concurrencia de la voluntad del trabajador expresando su intención de poner fin a la relación de trabajo. (9)

En esto cabe mencionar que el carácter recepticio de la comunicación que se debe cursar al empleador (ya sea por el trabajador o por la autoridad administrativa, dependiendo de la manera en que se formalice la extinción del vínculo), adquiere particulares alcances, en función del elemento especial que en este apartado se trata, ya que como derecho subjetivo que es (y su hondo contenido histórico), la renuncia no puede someterse —para la producción de sus efectos típicos—, a la aceptación del empleador, pues de lo contrario se estaría retrotrayendo la vinculación a los modos estatutarios superados en la época actual de evolución del derecho del trabajo. (10)

Esto obliga a diferenciar el instituto de la renuncia laboral, al de la extinción de derechos por renuncia en el ámbito de la legislación civil.

Y es que en el derecho civil, como regla, la renuncia es un negocio jurídico típicamente bilateral, consagrando el instituto en el Libro II - Sección Primera, Título XXI, en los arts. 868 a 875, básicamente.

Al respecto el art. 868 preceptúa: *“Toda persona capaz de dar o de recibir a título gratuito puede hacer o aceptar la renuncia gratuita de una obligación. Hecha y aceptada la renuncia, la obligación queda extinguida”*.

Se aclara que la renuncia a que hace referencia la legislación civil —con su carácter típicamente bilateral—, trata exclusivamente de las obligaciones concernientes a un tercero en el marco de una relación crediticia entre acreedor y deudor, más no comprende por naturaleza, las obligaciones típicamente personales, pues lo contrario conllevaría a trastocar la teoría general de las obligaciones.

Es decir, en el marco de los derechos individuales —es decir, ajenos a un negocio típicamente bilateral—, tanto la legislación civil como la laboral, marcan un sendero específico. La primera, en base a las reglas de los arts. 19, 21 y 872, permite la libre renuncia de derechos individuales, siempre y cuando estos solo tengan en mira un interés típicamente particular, negando igual efecto extintivo a la renuncia de derechos que afecten el orden público (ejemplo, renuncia de deudas contraídas). La legislación laboral, por su parte, pone coto a la renuncia de derechos individuales, también sobre la base de la intangibilidad de un orden público (específico en el caso, y denominado *orden público laboral* —FERNÁNDEZ MADRID, 1989:503—), más reconociendo expresamente la vigencia de un principio basal de la materia, cual es el de la irrenunciabilidad, receptado en el art. 12 de la LCT (y que será tratado posteriormente).

(9) Se deja en suspenso el tratamiento de la denominada renuncia tácita, que se tratará (en) líneas posteriores.

(10) Se deja aclarado que en esto se está tratando el instituto de la renuncia, haciendo juego con la relación de trabajo típicamente privada, dejando al margen determinadas vinculaciones propias del derecho administrativo, en que el carácter unilateral adquiere, en ocasiones, aristas peculiares.

En esta inteligencia, vale la citar la opinión de Enrique Fernández Gianotti (FERNÁNDEZ GIANOTTI, 591), para quien en el afán de diferenciar la renuncia laboral de la civil, es preferible denominar a la primera como dimisión —ya que la misma, semánticamente, no requeriría para su perfeccionamiento la aceptación del contratante sino que bastaría simplemente con que la noticia haya entrado en su esfera de conocimiento— en tanto que en el derecho civil convendría seguir denominado a este acto jurídico como renuncia —dado su carácter bilateral, explicado anteriormente—.

Más allá de las cuestiones terminológicas, en este apartado podemos concluir que respecto de la renuncia del trabajador, la misma es típicamente unilateral, pues su sola intervención basta para producir los efectos peculiares de ese instituto del derecho del trabajo.

c. Acto Formal

Como se dijo, la renuncia laboral también requiere para su validez el cumplimiento de determinadas formas, como acto jurídico que es, en consonancia a lo que sobre el punto se dijo anteriormente. Es decir, la renuncia al empleo reúne los caracteres típicos de un acto formal. (11)

En esto se puede decir siguiendo a Betti (JUSTO LÓPEZ, 770), que no hay negocios jurídicos sin forma. Que la histórica y tantas veces repetida clasificación entre actos formales y no formales, refiere más que a la posibilidad de afirmar la ausencia de cualquier recaudo legal, la atribución a la autonomía de la voluntad de fijar la forma que más convenga a la eficacia del acto a concretarse (siempre en los límites impuestos por el ordenamiento jurídico general), toda vez que el ordenamiento jurídico requiere, de base, la existencia de algún presupuesto fáctico sobre el cual asentarse para poder otorgar plena validez al negocio llevado a cabo por las partes —ya se trate de actores privados, públicos o de ambos—, rigiendo en el caso plenamente un criterio de autoridad. (12)

En esta inteligencia vale advertir que el principio general receptado por el art. 48 de la LCT, en cuanto preceptúa la libertad de formas en el momento de celebrar el contrato de trabajo, es extensible a todos los institutos del derecho individual del trabajo, dentro de los límites también fijados por el legislador en el artículo de cita, es decir que la libre disponibilidad de las formas está restringida a “*lo que dispongan las leyes o convenciones colectivas en caso similares*”.

Expresamente el art. 240 de la LCT requiere la formalización del mismo mediante despacho telegráfico colacionado cursado personalmente por el trabajador a su empleador o ante la autoridad administrativa del trabajo.

Son formas inexcusables que deben cumplirse a los fines de que el acto sea eficaz, es decir, es una traslación directa de las denominadas históricamente formas *ad solemnitatem*. Es que, por su intermedio, se trata de evitar el entorpecimiento o violación de la voluntad del trabajador por el empleador, teniendo en cuenta las gravísimas consecuencias del acto que se lleva a cabo, en atención a las con-

(11) Esto es una valorable progresión de la regulación que sobre el punto se dio en el derecho argentino, considerando sin duda el carácter tuitivo de la materia y su madurez adquirida con el paso del tiempo. En efecto, en la primera normativa general regulatoria de la cuestión —el art. 157 del Cód. de Comercio según Ley 11.729 (Adla, 1920-1940, 477)—, la renuncia al empleo era considerada un acto de libre forma, ello hasta la variación implementada por la Ley 18.523 —modificatoria de la normativa citada—, que introdujo la exigencia de formalización de la renuncia a través de telegrama laboral cursado directamente por el obrero o bien la formalización de dicho acto ante la autoridad administrativa del trabajo, con la posterior comunicación al empleador por su intermedio. Este era el régimen general, a pesar de que, aún antes de la Ley citada en último término, existían algunos regímenes especiales que requerían expresamente el cumplimiento de determinada forma para la validez del acto de renuncia del trabajador, como sucedió en el caso de la Ley 12.981 (art. 5º inc. b) de trabajadores de casa de renta y en propiedad horizontal, en tanto en dicho sistema se exigía la presencia de obrero ante la autoridad administrativa.

(12) Derivación indudable del Derecho Romano clásico, en que la “tradicción” o la verbalización de determinadas fórmulas sacramentales, cumplían la función —ficticia, por cierto— de crear una cierta aprobación social sobre el acto llevado a cabo. La ficción jurídica, no obstante, no ha perdido realidad hoy día, como fundamentación del orden jurídico todo.

secuencias económicas directas a sufrir por el renunciante a partir de la eliminación de la fuente de ingreso de neto contenido alimentario brindado por el salario, como principal incentivo del mismo al momento de insertarse en la relación de empleo; todo lo anterior independientemente de los posibles vicios que puedan privar al acto de sus efectos clásicos, y que será materia de análisis en párrafos posteriores.

La omisión de cualquiera de las formas dispuestas por la ley de manera alternativa, es sancionada con la nulidad absoluta, privando al acto de cualquier tipo de efecto. (13) Esto es por el sentido tuitivo perseguido por la disciplina la que —desconociendo la disparidad entre las fuerzas negociales dentro del contrato de trabajo, y aún legitimando tal situación en muchas ocasiones—, trata de reforzar en este caso la persona del trabajador, blindando su voluntad esta vez con la imposición de recaudos obligatorios para las partes. Por dicho motivo, la renuncia materializada por notas manuscritas, llamadas telefónicas, a través de emisarios, etc., no tiene para el ordenamiento jurídico laboral argentino validez alguna. (14)

La importancia que el legislador le atribuye —acertadamente—, a las formas impuestas para formalizar la renuncia, hace también a su forma de validez y comprobación, obstando frente a dicha circunstancia que la renuncia del trabajador pueda probarse por otro medio probatorio, ejemplo, testigos. (15)

Más allá de la alternativa brindada por la Ley de Contrato de trabajo sobre el punto, en la práctica el medio más utilizado para formalizar la renuncia al empleo es el telegráfico (16), quizá por su mayor accesibilidad y reserva, requiriendo, para su validez, el apersonamiento del trabajador en la oficina de correo con la acreditación de su identidad (Cédula Federal, DNI, LC o LE, Cédula de identidad Mercosur, Pasaporte de ciudadanos extranjeros visados por autoridad Argentina y Cédulas de identidad expedidos por autoridad de países limítrofes). Luego de la facilitación de un ejemplar, el trabajador lo completa de puño y letra generalmente con la inscripción “Renuncio a mi puesto de trabajo

(13) En contra de esta opinión: VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, en “Derecho del Trabajo y Seguridad Social”, Edit. Astrea, Buenos Aires 1979, ver especialmente página 378.

(14) A modo de ejemplo: “La dimisión instrumentada en una simple nota, enviada por el empleado a su principal, no reviste como tal los caracteres formales de una renuncia al empleo, de acuerdo con lo normado por el art. 240 de la L.C.T.” SCBA; L 33698 S 8-8-1984, carátula “Pomar, Héctor A. c. Eslabón S.A.C.I.A s/ Despido”. Juez Salas (SD).

(15) “El art. 240 de la L.C.T. establece rígidas exigencias formales a efectos de tornar indubitable la libre expresión de la voluntad del trabajador de poner fin de manera unilateral e incausada al contrato de trabajo; esto es, la renuncia debe instrumentarse mediante despacho telegráfico colacionado cursado personalmente por el trabajador o su empleador, o ante la autoridad administrativa del trabajo, requisito que no se advierte cumplido en el caso concreto. Desde tal perspectiva deviene inadmisibles pretender acreditar la supuesta renuncia del actor mediante la prueba testimonial que invoca la recurrente o a través del contenido de un mensaje de texto”, CNAT, Sala IX, Expte. N° 12.645/2012 Sent. Def. N° 19009 del 30/10/2013 “Buscarons Figueredo Juan Ernesto c. Deltabiotech SA s/ Despido” (Balestrini - Pompa).

(16) El Telegrama Laboral es un medio de comunicación fehaciente y gratuito para el trabajador regulado en nuestro país por la Ley 23.789 —Servicios de Telegramas y Cartas Documentos Gratuitas—, complementada por los decs. 2281/1993, 150/1996 y 1028/2010. A dicho marco legal se le debe agregar la Ley 24.487/95 —Ley de recepción obligatoria de los telegramas laborales—. Son cuatro las funciones que puede cumplir el telegrama laboral: a- Informativa (tienen por objeto poner en conocimiento de la otra parte alguna modificación en la modalidad del contrato o el anoticiamiento de ciertos hechos relevantes que se vayan produciendo en el curso de la vinculación de trabajo, ejemplo: comunicación de una enfermedad inculpable que adolezca el dependiente, art. 209 de la LCT); b- Impugnatoria: tienen por finalidad cuestionar o controvertir algún acto o decisión del empleador (ejemplo, impugnación de una medida de suspensión dispuesta por el empleador por fuerza mayor, art. 218 de la LCT); c- Intimatorias: tienen por finalidad lograr de la contraparte el cumplimiento de una acción, una obligación contractual, o el establecimiento o modificación de una situación jurídica o de hecho (ejemplo: intimación a registrar la relación laboral, Ley 24.013); y finalmente las comunicaciones de tipo extintivo: tienen por objeto hacer conocer a la contraparte la decisión del remitente de extinguir el vínculo de trabajo. Aquí encuadraríamos la comunicación de renuncia al contrato de trabajo, regulado el instituto por el art. 240 de la LCT.

a partir del día XX”, después de lo cual se le requerirá la firma ante el empleado de la oficina (ante la acreditación su identidad), expidiéndose tres ejemplares del mismo tenor: uno de ellos servirá como comprobante para el renunciante, otro será llegar a manos del empleador a través del correo, y el tercero quedará para registro interno del correo (lo cual se extiende, generalmente y dependiendo de la reglamentación especial y el tipo de telegrama, por un término de entre tres o cinco años).

Por otra parte la ley faculta al trabajador para formalizar el acto jurídico renuncia ante la autoridad administrativa, en cuyo caso también se requiere estrictamente la presencia del trabajador y la prueba de su identidad.

En este caso, el acto también se formalizará de manera escrita, enmarcándose dicho acto en las previsiones del art. 8º de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (Ley 19.549). (17)

En este caso, la autoridad administrativa dará inmediata comunicación al empleador, especificando que dicho anoticiamiento constituirá la prueba escrita requerida por el art. 235 de la LCT para el preaviso, debiendo entenderse que ello será procedente en los casos en que el trabajador cumpla con dicha carga legal, sin perjuicio de que el mismo no acate el deber de preavisar, en cuyo caso correrá con las sanciones pecuniarias establecidas por el art. 232 de la LCT.

d. Carácter recepticio

Respecto del carácter recepticio de la comunicación dirigida al empleador, vale mencionar que si bien la renuncia como acto jurídico es de naturaleza típicamente unilateral —pues para su validez intrínseca requiere solo el concurso de la voluntad del trabajador—, sus efectos plenos —es decir, su eficacia—, se materializa cuando la noticia referente a la extinción del vínculo de trabajo ha llegado a la esfera de conocimiento del empleador, sin que se requiera la aceptación por parte del mismo (18), y sin que obste a su plena eficacia el hecho de que el empleador no haya entrado en conocimiento certero del contenido de la misiva dirigida por el trabajador o la autoridad administrativa del trabajo —según el caso—, en cuanto a la extinción del vínculo de trabajo, toda vez que la obligación del dependiente se extingue en el momento en que ha agotado los medios para hacer entrar en la esfera de conocimiento del empleador dicha circunstancia. (19) Con dicha medida se sortea el posible juego del empleador de no querer notificarse respecto de la renuncia del trabajador, creando en favor del mismo una excepción favorable a su libertad.

(17) En el punto, vale señalar la opinión de Tomás Hutchinson en su obra “Régimen de Procedimientos Administrativos - Ley 19.549”, Edit. Astrea, Buenos Aires 2003, en cuanto señala que la forma en el derecho administrativo cumple una función diferente a desempeñada en el ámbito del derecho típicamente privado —civil o comercial—, en tanto su función de garantía de los derechos de los particulares, así como del orden, acierto justicia y legalidad propios del ámbito público, y que deben regir en todo momento la actividad administrativa. Ver e la obra citada, página 94.

(18) Una particular interpretación restrictiva del instituto (aunque relacionada con la vieja recepción del histórico art. 157 del Cód. de Comercio), fue la expresada por Ernesto KROTOSCHIN, en su obra “Manual de Derecho del Trabajo”, Ed. Depalma, Buenos Aires 1973 (pág. 97). En efecto, al comentar el instituto original de la legislación mencionada, el autor hace alusión a la necesidad de aceptación de la contraparte -empleador-, referente a la comunicación cursada por el trabajador en relación con la denuncia del contrato de trabajo, siendo que de la simple lectura del inciso primero y sexto del la norma referenciada, en caso de disolución del vínculo por la voluntad de una de las partes, se imponía únicamente el deber de preavisar, requiriéndose en caso contrario el pago de una indemnización en los términos allí dispuestos. Es decir, el viejo art. 157 del Cód. Comercio tampoco requería aceptación de la renuncia para otorgar a la misma plena valides.

(19) Ver: “La renuncia es un acto unilateral recepticio resultando innecesario para poner fin a la relación laboral la conformidad del empleador, desde que la rescisión de opera cuando la dimisión llega a la esfera de conocimiento del destinatario (art. 240 de la LCT)”, SCBA, Causa L 42715 S 5-9-1989 in re “Galván Pascual Ángel c. Elaboradora Argentina de cereales SA s/ Despido”, Juez Salas (SD) y Causa caratulada “Meza Pablo Javier c. Antonio González S.A. s/ Indemnización por despido”, SCBA, causa L 54526 S 29-12-1994, Juez Salas (SD).

Por ley, el empleador está obligado a recepcionar cualquier comunicación escrita enviada por el trabajador, receptando dicha obligación el art. 1º de la Ley 24.487. (20)

En caso en que el empleador se negase a recibir la comunicación dirigida por el dependiente correrá en todo caso con las consecuencias negativas que tal conducta acarrea. (21)

El carácter recepticio de la comunicación dirigida al empleador, permite al trabajador revocar su decisión antes de que el contenido de la misma entre en la esfera de conocimiento del mismo, esto por su carácter típicamente unilateral.

Por otra parte, aún habiéndose perfeccionado el anoticiamiento de la renuncia por el propio carácter del objeto de la misma (de libre disponibilidad en favor del trabajador), permite a las partes reconducir el contrato de trabajo, dejando sin efecto el efecto jurídico extintivo que se intentó producir primeramente sea ello de manera expresa o tácita. (22)

e. Inmotivado

Aún afirmando la situación de hiposuficiencia el trabajador dentro de la relación de trabajo, y con ella su situación de necesidad permanente, bañada de puro contenido alimentario en relación con la ausencia de propiedad sobre los medios de producción en cabeza del mismo, se afirma como estándar fundamental defendido por la comunidad científica en su totalidad, la libertad del trabajador para defender a su persona e intereses, aun cuando de base, y tal cual fue mencionado desde el comienzo, nos hallemos en una relación sustancialmente desigual.

Uno de los bastiones de la libertad del trabajador, es la libre disponibilidad —relativa— de su situación dentro del contrato de trabajo, en tanto superación de las primeras formas estatutarias de vinculación (ver, apartado primero del presente trabajo), facilitándosele la posibilidad de renunciar a su puesto de trabajo.

Tal vez encuadrable esta situación en el marco del art. 19 de la CN, en tanto acción privada del hombre que de ningún modo ofende la moral y el orden público, el derecho del trabajo argentino acertadamente pone en cabeza del trabajador la posibilidad de extinguir de manera unilateral el vínculo de trabajo sin necesidad de que el mismo exprese causa o motivo alguno que justifique su proceder, con la simple carga de comunicar tal situación al empleador mediante un medio fehaciente y preavisar de tal condición en los términos del art. 231 de la LCT (siempre que las partes no hayan pactado un plazo diferente, o su eximición), así como también la de indemnizar al empleador en caso de que la última condición no se cumpla.

Quizá encontremos una cercana similitud entre este carácter de la renuncia y el del despido provocado por voluntad univoca del empleador y que el legislador ha receptado en el art. 245 de la LCT. Se llama al primer negocio inmotivado, y al segundo incausado.

(20) En lo que aquí interesa, dice el art. 1º: “El empleador está obligado a recibir las comunicaciones escritas que, por asuntos referidos a una relación de trabajo, le curse cualquier trabajador que se encuentre vinculado a él por una relación de dependencia. Está asimismo obligado a recepcionar tales comunicaciones cuando le sean cursadas por el apoderado del trabajador o por la entidad gremial que lo represente, de conformidad con lo establecido en la Ley de Asociaciones Sindicales. En ambos supuestos, el empleador deberá dejar constancia de la entrega de la comunicación cursada, indicando lugar, fecha y hora de tal recepción. El incumplimiento de estas obligaciones constituirá infracción sancionable con multa, de acuerdo al régimen de policía del trabajo”.

(21) Ver a modo de ejemplo, “Gagliostro de Polimeni, María c. Moreyra, Carlos R. s/ Indemnización despido, etc.”, SCBA, L 73921 S 06/06/2001, Juez Negri (SD).

(22) En este sentido: “No pude válidamente interpretarse que ha mediado una renuncia, si la trabajadora continuó prestando tareas bajo las directivas de la demandada, cumpliendo idénticas funciones, por lo que cabe concluir que la relación continuó inalterada y que la referida renuncia constituyó un mero acto formal, que de modo alguno cumplió los efectos disolutorios del contrato a que se refiere el art. 240 de la Ley de Contrato de Trabajo, debiendo interpretarse que medió una retracción tácita o reingreso a través del comportamiento inequívoco y concluyente de las partes, lo cual resta efectividad a aquella manifestación unilateral de rescisión del contrato”, CNAT, Sala I, 18/04/1997. In re: “Prelorán, Norma M. c. Banco del Acuerdo SA”. Publicado en DT, 1997-B, 1797.

Como se ve, la propia Ley de Contrato de Trabajo coloca facultades aparentemente similares (en este caso, y de manera teórica) en cabeza de cada una de las partes del contrato de trabajo, aunque, en la práctica, las consecuencias de uno y otro proceder distan de poder compararse aunque más no sea cercanamente.

En efecto, si bien al igual que el empleador el trabajador puede extinguir el vínculo de trabajo de manera unilateral, el daño provocado en ambos casos es totalmente diferente. En uno, se priva a una persona de los medios de subsistencia para sí y su familia alterando el sentido tuitivo con que desde la comunidad científica se lo trata de proteger, y en el otro simplemente se provoca una privación temporal e inmediatamente sustituible de una fuerza de trabajo. De un lado nos encontramos con la renuncia, y del otro con el despido injustificado.

Y es que el poder propio de toda relación económica adquiere en la relación de trabajo contornos que muchas veces traspasan los límites de la ética y el orden general, beneficiando en muchas ocasiones a quien más tiene, en perjuicio de una clase desposeída desde el inicio del contrato.

Frente a la desesperación del trabajador que ha perdido su puesto de trabajo y que debe volver a su hogar sin pan ni gloria, en un filoso silencio y con una lágrima eterna, existe permanentemente la tranquilidad del empleador de contar tras la puerta de su empresa, con una fila de candidatos que aceptarán generalmente cualquier condición con tal de mejorar aunque más no sea humildemente, su condición social.

Agrupar dentro del Título XII de la LCT a los arts. 240 y 245, no significa dotar a ambos institutos de alcances similares, pues detrás de cada uno de ellos existe un sustrato tan diferente que hasta repugna a la condición misma de las ciencias jurídicas y sociales, desde la cual se lo estudia y trata de explicar.

Aquí se trata de realizar un somero análisis de institutos jurídicos, como comprensión positiva; más quién mejor que los trabajadores para comprender sus implicancias prácticas cotidianas.

Se reitera, el trabajador al formalizar su renuncia laboral, de ningún modo tiene que dar a conocer las razones de su dimisión, quedando ellas al resguardo de su conciencia.

f. Voluntario

De las consideraciones anteriores —y tal cual ya ha sido puesto de manifiesto—, se ha podido advertir la gravedad del acto jurídico renuncia (sobre todo para la persona del trabajador), en tanto el mismo tiene por efecto directo la extinción del vínculo de trabajo que lo une con el empleador, y por ende, con él se sucede la eliminación de la fuente de ingreso de contenido alimentario.

Rigen en la especie, los principios generales sobre los actos jurídicos regulados en el Código Civil, en tanto norma de fondo aplicable extensivamente a otras ramas del derecho, en tanto y en cuanto se adapten sus institutos al sentido de la materia receptora. En esta inteligencia, las normas generales del Código Civil son plenamente aplicables, sobre la base del reconocimiento de la situación de hiposuficiencia de la persona del trabajador, inserto de manea especial en este nexo jurídico de neto corte económico.

Partiendo de esa desigualdad objetiva entre ambos protagonistas del contrato de trabajo y determinada en base a un desequilibrio económico permanente, es que el ordenamiento jurídico trata de proteger la voluntad del trabajador, tendiendo institutos que aseguren de la mejor manera posible, una concordancia entre la intención del obrero (libre voluntad interna), y la exteriorización de la misma.

Coincidiendo con Osvaldo Paludi (PALUDI, 1974:458), dicho objetivo se puede lograr de dos maneras: a- exigiendo para la formalización y exteriorización de la renuncia, el cumplimiento de determinadas formalidades, bajo pena de nulidad; b- analizando el contenido del acto, luego de su formulación. Uno sería de función externa, y el otro de función interna.

Y es que cumplidas las formalidades exigidas por la ley para producir la renuncia, debe considerarse que el acto jurídico del trabajador es plenamente válido, en tanto las formas de exteriorización hacen presumir la concordancia entre el querer típicamente interno, y su manifestación. No obstante, si el trabajador prueba que, aún cumplidas todos los recaudos legales, su voluntad se hallaba viciada al momento de la renuncia, puede declararse la nulidad de la misma y por ende, privarse a ese acto jurídico de su efecto extintivo de la relación laboral. (23)

En todo esto, el principio sentado en el art. 897 del Cód. Civil cobra plena validez, en tanto se deben considerar en principio actos voluntarios, los producidos con discernimiento intención y libertad.

Y aquí, las particularidades de la renuncia dificultan en medida importante el análisis sobre la verdadera espontaneidad y voluntariedad del acto.

En efecto, en el apartado anterior se explicó que la renuncia como acto jurídico no requería motivación. Esto, si por un lado crea un marco de libertad para el trabajador —que no está constreñido por la ley para que exprese el motivo de su dimisión—, por el otro empantana en campo de análisis, sobre todo cuando se advierte la posibilidad de que la voluntad del mismo haya estado viciada, lo que quitaría a su exteriorización cualquier efecto jurídico en su contra, luego de proceder a efectuar el análisis sobre los elementos del acto materializado por el dependiente.

Y es que la habilitación del examen del acto a partir de la denuncia de posibles vicios en la voluntad del trabajador, no implica reconocerle al mismo una facultad arbitraria e injustificada que contraría el principio de seguridad que debe regir en materia de actos jurídicos, sino que dicho poder está diseñado a los fines de indagar si la realidad de los hechos ha transitado un camino diseñado para ocultar o encubrir una violación a la ley. Acertadamente, sobre el punto, dice Silvia Díaz que: *“...No es la convicción subjetiva del perjuicio lo que se aprecia, sino la supresión de derechos indisponibles conforme la normativa laboral”* (DÍAZ, 2011:421).

La validez, por ende, se presume en tanto el interesado no pruebe —en los términos del art. 954 del Cód. Civil—, que el acto por el titularizado se hallare viciado por error, dolo, violencia intimidación o simulación.

La teoría de los actos nulos y anulables de la legislación de fondo, juega aquí también un papel de importancia. Serán actos nulos los que, desde su inicio, se formalicen incumpliendo alguna de las exigencias que la ley expone (y las mismas sean manifiestas; ejemplo: renuncia formalizada por emisario), y anulables aquellas en las cuales el defecto no es patente, sino que requiere de un análisis enmarcado en el caso particular (ejemplo: renuncia inducida por amenaza de secuestro de un familiar, hecho denunciado por el trabajador luego de formalizado el acto).

Más allá de los casos particulares en relación a cada vicio de la voluntad —y cuyo análisis focalizado escapa al objeto del presente—, resulta de interés hacer una breve mención al caso en que el trabajador renuncia inducido por la amenaza de su empleador de denunciarlo penalmente por la comisión de un hecho ilícito, por ejemplo, el robo de algún instrumento de trabajo.

Analizado a primera luz, podríamos advertir que el proceder del empleador resultaría legalmente justificado, sobre todo a partir de lo preceptuado por el art. 939 del Cód. Civil. Que dice que: *“No hay intimidación por injustas amenazas, cuando el que las hace se reduce a poner en ejercicio sus derechos propios.”* (24)

Sin embargo, numerosa doctrina y jurisprudencia ha destacado sobre el punto que el ejercicio de una facultad legal como la transcripta en el párrafo anterior, debe ejercerse siempre en el marco de la razonabilidad y la regularidad, so pena de entrar en el ámbito del abuso del derecho por ejercicio desproporcionado del mismo.

(23) Ver: CNAT, Sala V, 31/08/1977, in re “Salas, Ángel M. c. Las Cuartetas, S.R.L.” TySS, 1978, pág. 351.

(24) Código Civil, Libro II, Secc. II, Capítulo III “De los hechos producidos por la fuerza y el temor”

Este último supuesto se daría en los casos en que la falta cometida por el trabajador no tuviera la entidad suficiente como para provocar una injuria destacable al empleador, que lo faculte a denunciar penalmente a su dependiente, o extinguir el vínculo por conducto del art. 242 de la LCT, tornándose el proceder del empresario en una especie de chantaje o aprovechamiento de la inexperiencia del obrero.

En estos casos resulta de importancia el análisis que el juzgador haga de los hechos de la causa, a los fines de comprobar si en verdad ha mediado por parte del empleador el ejercicio regular de un derecho o bien su proceder resulta conducido a los fines de evadir el pago de derechos indemnizatorios en favor del obrero.

V. Irrenunciabilidad y renunciabilidad

Surge interesante realizar una breve reseña en relación al punto que titula en el presente apartado, en tanto existe una conexión permanente entre el tema central del presente trabajo y el mismo.

Como se sabe, la autonomía y el rigor científico de una disciplina, gira —básicamente—, en torno a la existencia de un objeto especial de análisis, y de principios que le den significado a la misma.

El derecho del trabajo cumple con las exigencias antes expuestas a modo explicativo, en tanto tiene por objeto el estudio de una relación especial de poder, inserta en un sistema producción con cualidades también peculiares, y que delinear la forma en que los protagonistas de dicha relación de vinculan.

Se trata de una vinculación económica de hiposuficiencia estructural y permanente, que enlaza la voluntad de un sujeto propietario de los medios de producción y otro propietario de su cuerpo, donde uno invierte capital material quedándose con la mayoría de los beneficios resultantes, y el otro vende diariamente su energía corporal, con un objeto sencillo: la supervivencia. Empleador y trabajador.

En medio de este enlace subjetivo, y a los fines de proteger a la persona que se encuentra sometida a esa relación económica desigual de manera permanente más allá de la denominación del contrato (25), se alzan los principios de la materia, llamados a resguardar el patrimonio obrero, frente al empleador, frente a terceros, frente al Estado, y frente a sí mismo (CORNAGLIA, 2001; ORSINI, 2010).

En relación con ello, surge entre otros el principio de irrenunciabilidad del trabajador, cuya esencia limita la libre disponibilidad de derechos adquiridos o futuros, por ambas partes del contrato, y más allá de cualquier pacto en contrario que las mismas hayan formalizado, en tanto se encuentren en juego derechos no negociables protegidos por el orden público laboral surgiendo al efecto la positividad de dicha regla en los arts. 12 y 13 de la LCT, y defendida desde la teoría general del Derecho del Trabajo.

No obstante esto plantea una dificultad con el tema trabajado, pues se trata en el presente de una facultad reconocida a los trabajadores de renunciar al contrato de trabajo, activando la potestad derogatoria privada.

Sin embargo la aparente contradicción entre ambos preceptos se supera en tanto se analicen los contenidos y fundamentos de ambas instituciones del derecho social. En efecto, si la regla de la irrenunciabilidad intenta blindar al trabajador, evitando que se le sustraigan derechos inalienables e intransferibles y con un claro perjuicio unilateral, la renunciabilidad del contrato de trabajo intenta sustraer al obrero de las viejas cadenas que ataron a la luz del sol y de la luna, su persona; primero a las manos del dominus, luego a la tierra, y posteriormente a la primitiva fábrica industrial.

(25) La diferenciación que realiza el derecho argentino en contratos de tiempo determinado e indeterminado, no refiere al grado de sometimiento del trabajador, sino a una primera proyección de los derechos y deberes de las partes, quedando siempre el empleador facultado a extinguir el contrato de manera injustificada con el simple deber de pagar una indemnización de carácter tarifado y acorde con un presupuesto muchas veces planificado por el empresario (art. 245 de la LCT). Ello dejando de lado las relaciones que gozan de estabilidad contractual.

Ambas son conquistas del derecho social y producto de la lucha y reivindicación permanente de las masas que, tras la toma de conciencia colectiva y la generalización de la denominada cuestión social (CASTEL, 2009), marcaron un nuevo rumbo en la evolución de nuestras sociedades, al amparo de un estado que —aunque no inocentemente—, tomó las riendas de un modelo económico en pugna, encausándolo tras un molde pre fabricado racionalmente a los fines de su persistencia temporal.

Claro es que tras la regla de la irrenunciabilidad como principio general consagrado, la facultad de renuncia a los derechos por el trabajador debe ser interpretada de manera restringida, y acogiéndonos a los claros y estrictos marcos impuestos por la ley. De allí, por ejemplo, el valor de las formalidades requeridas por la ley en el art. 240 de la LCT y los demás mecanismos de protección derivados del mismo, en tanto forma de protección de la voluntad del trabajador.

A modo de colofón se puede decir que como regla, rige el principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, destacando, no obstante, la primer excepción a dicha regla consagrada en el artículo antes mencionado, aunque surge la necesidad de destacar que el propio derecho de renuncia no escapa a las reglas generales construidas por la disciplina en miras a proteger de mejor manera a su persona. (26)

VI. La renuncia tácita

Al comentar el carácter formal del acto jurídico renuncia, se hizo referencia a consideraciones generales en cuanto a los requerimientos expresos del art. 240 de la LCT completando dicho análisis con otros elementos relacionadas con el punto, como las formas de comunicación telegráfica o respecto de la renuncia formalizada ante las autoridades administrativas.

No obstante, surge oportuno hacer aunque sea alguna mención respecto a la denominada renuncia tácita, sobre todo por las implicancias que dicho instituto puede tener en la práctica laboral.

Como se dijo, la renuncia es un acto formal, en el sentido de que debe ser conocible por terceros a los fines de producir sus efectos naturales. En tal sentido, puede adoptar para su manifestación, la forma de una declaración o la de un comportamiento, es decir, puede hacerse advertirse a través de palabras o signos capaces de ser identificados por terceros, o bien a través de algunas maneras de actuar que tengan la entidad suficiente como para crear un significado preciso en el tercero.

En esta inteligencia, debemos vincular el instituto reconocido por el art. 240 de la LCT, al receptado por el art. 58 del mismo cuerpo legal.

En efecto, este marco positivo ha sido el que ha acogido opiniones varias de los autores, alguno de los cuales reconocen aquí la existencia de la denominada renuncia tácita. En tal sentido encontramos autores clásicos como Fernández Madrid (FERNÁNDEZ MADRID, 2007:1960) y JUSTO LÓPEZ (Obra Colectiva, 1978:945).

En esta idea, y coincidiendo con los juristas referenciados, se debe decir que si bien la renuncia laboral no se presume frente a determinados comportamientos inequívocos del dependiente en relación con el contrato formalizado con su empleador, pueden llevar a la convicción de que ha operado en los hechos una renuncia del contrato de trabajo, en tanto dicho proceder resulte manifiesto y sea probado debidamente por el empleador que argumente esa situación, en los términos del art. 913 del Cód. Civil.

Sin embargo tal facultad se topa con dos limitaciones: a- en caso de duda sobre el comportamiento concluyente del trabajador debe estarse a la persistencia del contrato de trabajo, en virtud de la vocación de permanencia que el mismo tiene por influjo del art. 10 de la LCT; por otra parte, en ningún caso puede presumirse la renuncia unilateral de derechos —más si del empleo, y en las condiciones explicadas—, en tanto el único mecanismo autorizado por la legislación laboral general en nuestro

(26) Piénsese en una renuncia viciada, y las facultades y presunciones en favor atribuidas al trabajador.

país es el receptado en el art. 15 de la LCT, autorizándose los acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios, con intervención de la autoridad pública y en los términos estrictos señalados por el artículo de mención.

En todo caso, más allá de la discusión que este instituto pueda dar lugar, la recepción de la figura del abandono de trabajo en el art. 244 de la LCT, ayuda a superar las dudas que se puedan dar en relación a la renuncia exteriorizada sólo por comportamientos o conductas concluyentes advirtiendo, sin embargo, una diferencia entre el último artículo mencionado y el instituto del art. 58 de la LCT. Y es que para que opere el efecto descrito por el art. 58, se requerirá sólo la comprobación de determinados comportamientos concluyentes e inequívocos del trabajador, que lleven a la convicción respecto a su falta de interés en continuar el contrato con el empleador, a partir de la prueba que produzca el empleador en función de su carga procesal (por ejemplo, abandono de la relación por una gran cantidad de años); en tanto que la figura del art. 244 requiere básicamente la intimación previa al trabajador y su silencio posterior, para que se entienda que medió en el caso un auténtico abandono del contrato.

De todas maneras, las diferencias suelen ser de matices, dependiendo de cada hecho a juzgar, y relacionado con la multiplicidad de condiciones en que puede darse una renuncia al contrato de trabajo.

VII. Conclusión

Gran parte del régimen de extinción de la relación de trabajo receptado en el Título XII de la LCT está marcado por un contenido discriminador en perjuicio del trabajador, tras la habilitación legal del empleador de poder aniquilar de un solo golpe, el contrato que tantas veces se procura conseguir y mantener, sobre todo en una realidad de crisis económica como la nuestra.

No obstante, el objeto de este trabajo versó sobre un instituto que escapa a la voluntad del empleador, en tanto expresión legal directa del reconocimiento de la libertad del obrero, en cuanto a su facultad de denunciar en cualquier momento el contrato de trabajo, como superación de las primeras formas estatutarias de apropiación de su energía corporal.

Como se pudo observar, un simple instituto receptado en tres pequeños párrafos puede dar lugar a muchas discusiones científicas y no, tratando en el presente trabajo de hacer una breve reseña de alguna de las cuestiones insoslayables para entender el instituto.

Y es que más allá del lenguaje técnico formal con que se pueda hablar al respecto, el derecho del trabajo nos conduce de manera permanente a la realidad, dura realidad muchas veces, en que se materializa esta especial vinculación entre trabajador y empleador.

Sin duda en la evolución de nuestros tiempos, y en un contexto de constante progresión de la ciencia y el conocimiento relacionado, resulta hasta anecdótico tener que describir un sistema jurídico que muchas veces nos retrotrae a épocas remotas temporalmente, aunque sin duda con muchos re-sabios en la actualidad.

No obstante, esta pesada herencia no debe hacernos perder la esperanza de poder construir un derecho del trabajo verdaderamente tuitivo, o al menos más acorde con la defensa de quien cotidianamente vende parte de su cuerpo, en un entendimiento sincero de su calidad de persona.

VIII. Bibliografía

CASTEL, Robert, 2009. *Las metamorfosis de la cuestión social- una crónica del salariado*. 5ª Reimpresión. Buenos Aires: Paidós.

CORNAGLIA, Ricardo J., 2001. *Reforma Laboral, Análisis Crítico. Aportes para una Teoría General del Derecho del Trabajo en la Crisis*. Buenos Aires: La Ley.

DÍAZ, Silvia, 2011. "El fraude en la renuncia y en la extinción por mutuo acuerdo", En: *Revista de Derecho Laboral*, Buenos Aires, 1, 411-447.

FERNÁNDEZ GIANOTTI, Enrique, "Alcance de las formalidades impuestas a la renuncia del trabajador por la ley 18.523", EN: *Legislación Laboral*, T. 148, 587-592.

FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, 2007. *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*. 3ª Ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: La Ley. Tomo II.

— 1989. *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: La Ley. Tomo I.

FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, CENTENO, Norberto y LÓPEZ, Justo, 1978. "*Ley de Contrato de Trabajo Comentada*". Buenos Aires: Contabilidad Moderna. Tomos I y II.

FERRARI, Omar, 1991, "De la extinción del contrato de trabajo por renuncia, por abandono de trabajo, por voluntad concurrente", En: *Doctrina Laboral y Previsional*, Buenos Aires, Año 6, Vol. 5, nro. 69, 386-394.

HUTCHINSON, Tomás, 2003, "*Régimen de Procedimientos Administrativos- Ley 19.549*", Buenos Aires: Astrea.

JUSTO LÓPEZ, "La renuncia y sus formas", En: *Legislación del Trabajo*, Vol. XVIII-B, pág. 769-785.

KROTOSCHIN, Ernesto, 1973, "*Manual de Derecho del Trabajo*", Buenos Aires: Depalma.

ORSINI, Juan Ignacio, 2009-2010, "Los principios del Derecho del Trabajo", En: *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, La Plata, 489-503.

PALUDI, Osvaldo C., 1974, "Los vicios de la voluntad en la renuncia del trabajador", EN: *Derecho Laboral*, Buenos Aires, Año 16, núm. 8, 458-469.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, 2000. "La renuncia del trabajador como modo de extinción de la relación contractual", En: *Revista Derecho Laboral*, Buenos Aires, 1, 9-42.

— 1979. *Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. Buenos Aires: Astrea.

Formas y consecuencias de la violencia laboral en la administración pública de la Provincia de Buenos Aires. El impacto hacia las mujeres

POR ROMINA DEL VALLE ARAMBURU (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Metodología utilizada. — III. Marco legal. — IV. Estudio de los testimonios. — V. Determinación de los parámetros de violencia laboral en contra de la mujer. — VI. El acoso sexual en el ámbito de trabajo. — VII. Posibles motivaciones de la violencia. — VIII. Consecuencias. — IX. Posible naturalización de la violencia. — X. Contexto en el que se realizaron las entrevistas. — XI. Limitaciones al aporte de información por parte de las entrevistadas. — XII. Características de las entrevistas. — XIII. Conclusión. — XIV. Bibliografía.

Resumen: El presente es el análisis y las conclusiones a las que se arriban como resultado de un estudio que emergen de testimonios de mujeres que trabajan en la administración pública de la provincia de Buenos Aires durante el año 2013, con relación al ejercicio de la violencia laboral que han experimentado, determinándose sus modalidades, eventuales motivaciones y las consecuencias de ello. Cabe aclarar que, si bien cualquier sujeto puede ser víctima de ésta clase de violencia hay cuestiones que aquí se analizarán que se relaciona con las mujeres por el solo hecho de serlos, y si bien el varón puede padecerlas ello en menor número o cuantía.

Palabras clave: violencia laboral- mujer víctima -provincia de Buenos Aires- normas jurídicas.

FORMS AND CONSEQUENCES OF WORKPLACE VIOLENCE IN THE CIVIL SERVICE OF THE PROVINCE OF BUENOS AIRES. THE IMPACT TOWARDS WOMEN

Abstract: This is the analysis and conclusions that are arriving as a result of a study in which interviews were conducted work women in the public service of the province of Buenos Aires in 2013, with respect to the exercise of workplace violence they have experienced their modalities being determined, motivations and possible consequences. It should be noted that while any subject may be a victim of this kind of violence there are issues that will be discussed here is related to women solely because of, and while the male can have it be a lesser number or quantity.

Keywords: working-woman violence victim-Buenos Aires-legal rules.

I. Introducción

En éste trabajo, se analizarán testimonios brindados por mujeres, relacionados con el ejercicio de la violencia laboral del que han sido víctimas en algún momento en el ámbito laboral público en la Provincia de Buenos Aires. Allí se observan las emergentes como, la posible naturalización del ejercicio de la violencia laboral, sus motivaciones y consecuencias, que es el reflejo de la violencia de género que padecen las mujeres a diario y que se traducen en diversas modalidades siendo ésta una de ellas.

(*) Profesora Ordinaria Adjunta de Derecho Romano, Cátedra III. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

También emerge el desconocimiento de los derechos que las asisten, cuales son los operadores del Estado en éstas cuestiones y los prejuicios basados en patrones culturales patriarcales que impiden poner límites al menos a corto plazo de ésta problemática que hasta parece institucionalizada, por último, no hay un pensamiento dirigido a la necesidad de tomar dimensión de éste problema desde el lugar de la víctima para ir revirtiendo la situación a pesar de los avances de las mujeres en las últimas décadas.

II. Metodología utilizada

En el presente trabajo se realizará un análisis del trabajo de campo realizado proveniente de los testimonios de mujeres cuyas edades oscilan desde los 18 años a los 44 años que trabajan en la administración pública provincial. Las mismas han sido grabadas en audios. En base a los relatos se tomarán los patrones comunes como un aspecto general, sin dejar de lado las cuestiones particulares.

III. Marco legal

Existen normativas internacionales, nacionales y provinciales con relación a la problemática en tratamiento. Así encontramos las siguientes:

a) Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos con Jerarquía Constitucional

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre - Art. 2º.
- Declaración Universal de Derechos Humanos - Arts. 1º, 2º, 7º, 12, 21 y 26.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos - Arts. 1º, 11, 13, 17 y 24 (Ley 23.054).
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Ley 17.722).
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (Ley 23.179).
- Convención sobre los Derechos del Niño - Arts. 2º y 30 (Ley 23.849).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - Arts. 1º, 2º, 3º, 24, 25, 26 y 27 (Ley 23.313).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - Arts. 2º, 3º y 7º (Ley 23.313).
- Competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) (Ley 26.162).

b) Otros Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos

- Protocolo Facultativo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales / Protocolo de San Salvador - arts. 3º al 6º, 13 y 16 al 19 (Ley 24.658).
- Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 23.313).

c) Convenios OIT

- Convenio 111 OIT. Relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.
- Convenio 95 de la OIT. Convenio Relativo a la protección del salario.
- C183 Convenio sobre la protección de la maternidad, año 2000. Convenio relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado) 1952 (Nota: Fecha de entrada en vigor: 07/0272002). Sesión de la Conferencia: 88. Lugar: Ginebra.

d) Constitución Nacional

- Art. 15 - Abolición de la esclavitud.

- Art. 16 - Igualdad ante la ley.
- Art. 20 - Derechos de los/as extranjeros/as.
- Art. 25 - Política inmigratoria.
- Art. 33 - Derechos y Garantías implícitos.
- Art. 37 - Derechos políticos.
- Art. 43 - Recurso de amparo, hábeas corpus y hábeas data.
- Art. 75, inc. 17 - (Atribuciones del Congreso de la Nación) Identidad y Derechos de los pueblos indígenas.
- Art. 75, inc. 19 - (Atribuciones del Congreso de la Nación) Desarrollo humano y económico. Justicia social. Crecimiento armónico. Bases y organización de la educación. Protección del patrimonio cultural.
- Art. 75, inc. 22 - (Atribuciones del Congreso de la Nación) Incorporación de tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos. Jerarquía constitucional.
- Art. 75, inc. 23 - (Atribuciones del Congreso de la Nación) Medidas de acción positiva para garantizar la vigencia de los derechos humanos.
- Art. 86 - El Defensor del Pueblo de la Nación.

e) Leyes Nacionales y Decretos

- Ley de Violencia contra la Mujer 26.485 del año 2009. Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.
- Ley 23.592: Actos Discriminatorios.
- Ley 24.515: Creación del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo.
- Dec. 1086/2005: Aprobación del documento titulado “Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación - La Discriminación en Argentina. Diagnóstico y Propuestas”.

f) Ley Provincial

- Ley 13.168 de la Provincia de Buenos Aires. Texto Actualizado con las modificaciones introducidas por Ley 14.040.

IV. Estudio de los testimonios

a) Definición de violencia laboral

Existen diferencias entre la definición de violencia laboral y la creencia general del significado de la misma.

La violencia laboral se define como:

“un individuo puede conseguir hacer pedazos a otro y el ensañamiento puede conducir incluso a un verdadero asesinato psíquico”. Por “acoso moral en el trabajo” entiende “toda conducta abusiva (gesto, palabra, comportamiento, actitud) que atenta, por su repetición o sistematización, contra la dignidad o la integridad psíquica o física de una persona, poniendo en peligro su empleo o degradando el ambiente de trabajo” (HIRIGOYEN; 1999).

Si bien se dan en un contexto de relaciones de poder desiguales, también son observables entre pares, respondiendo a diferentes motivaciones, que luego se verán.

Otro aspecto a tener en cuenta en la realización del análisis del trabajo de campo es que, el sometimiento laboral de la mujer radica en una cuestión de género, aunque la violencia laboral es padecida por cualquier persona, en el caso que me ocupa se verán ciertas características que hacen se reproduzcan los maltratos en más cantidad o en distintas acciones más en las mujeres y en menor número en hombres.

La Ley 13.168 en su art. 2º define la violencia laboral como:

“se entiende por violencia laboral el accionar de los funcionarios y/o empleados públicos que valiéndose de su posición jerárquica o de circunstancias vinculadas con su función incurran en conductas que atenten contra la dignidad, integridad física, sexual, psicológica y/o social del trabajador o trabajadora, manifestando un abuso de poder llevado a cabo mediante amenaza, intimidación, amedrentamiento, inequidad salarial, acoso, maltrato físico, psicológico y/o social.”

Siendo los destinatarios de éstos actos como victimarios los empleados y funcionarios públicos, así lo establece el art. 1º de la misma ley.

La ley en su art. 3º especifica las conductas de maltratos físicos, el art. 4º se refiere al maltrato psíquico y social y los interesantes son las conductas comprendidas en el art. 5º a saber: “Se define con carácter enunciativo como maltrato psíquico y social a las siguientes acciones:

- 1) Obligar a ejecutar tareas denigrantes para la dignidad humana.
- 2) Asignar misiones innecesarias o sin sentido con la intención de humillar.
- 3) Juzgar de manera ofensiva su desempeño en la organización.
- 4) Cambiarlo de oficina, lugar habitual de trabajo con ánimo de separarlo de sus compañeros o colaboradores más cercanos.
- 5) Bloquear constantemente sus iniciativas de interacción generando el aislamiento del mismo.
- 6) Prohibir a los empleados que hablen con él o mantenerlos incomunicados, aislados.
- 7) Encargar trabajo imposible de realizar.
- 8) Obstaculizar y/o imposibilitar la ejecución de una actividad, u ocultar las herramientas necesarias para realizar una tarea atinente a su puesto.
- 9) Promover el hostigamiento psicológico a manera de complot sobre un subordinado.
- 10) Efectuar amenazas reiteradas de despido infundado.
- 11) Privar al trabajador de información útil para desempeñar su tarea y/o ejercer sus derechos”.

Muchas de las conductas aquí descriptas no varían con las obtenidas de las entrevistas, como se verá en el desarrollo del presente.

De los testimonios surge que la violencia laboral no es identificada en sí como tal y que la misma reúne ciertas características, sino que es tenida en cuenta como parte de la violencia a la que una persona puede estar sujeta a diario, en otros casos no se la tiene como violencia laboral, sino como “las reglas del juego” a las que hay que adaptarse y no dar motivos para generarlas, y en otros casos no se dimensiona ejercicio de la violencia alguno, porque lamentablemente se ha naturalizado. Por eso la distinción entre lo que es y lo que se cree.

V. Determinación de los parámetros de violencia laboral en contra de la mujer

Asume distintas modalidades, que se reiteran con el paso del tiempo, forman parte del hostigamiento psicológico que padecen las víctimas, sin que existan justificativos que las avalen porque se centran en el marco de la ilegalidad, pese a su reiteratividad en el tiempo.

Así se observan las siguientes cuestiones:

1) Obligan a las mujeres a no recurrir a las licencias reconocidas por ley, las más comunes, aquellas que se solicitan por maternidad de la trabajadora o por cuestiones de salud propia o familiar, así el Convenio de la OIT 183 las contempla en los arts. 3º (1), 4º (2) y 5º. (3)

2) Les exigen acortar las licencias de las que se están gozando.

3) Les exigen mayor carga horaria sin pago de horas extra, con el fundamento de que el trabajo debe ser terminado en esa jornada por motivos de "urgencia" (el entrecomillado que me pertenece obedece a englobar un conjunto de situaciones infundadas e injustificadas que no eran de urgencia, siendo ésta solo una excusa).

4) Descalificativos de jefes a empleadas, de carácter discriminatorio relacionados con el aspecto físico, la vestimenta, el peinado, etc. Bromas de mal gusto, críticas infundadas a las tareas laborales realizadas. Las mismas acciones son también entre compañeras de trabajo.

5) Los ascensos no se realizan en un marco de igualdad, para todos aquellos que están en las mismas situaciones, sino que hay formas de seleccionar en las que no se tiene en cuenta los méritos laborales, sino los favoritismos de diversa índole. Al haber desigualdades en los ascensos o reescalafonamientos, va a haber como consecuencia necesaria desigualdad remunerativa.

6) Licencias verbales, para aquellos que, por conveniencias o intereses creados son beneficiados en ésta práctica en clara desventaja para el resto.

7) Ocultamiento de información que debe ser pública acerca de llamados a concursos y otras cuestiones que pueden significar mejoras laborales para los destinatarios, que solo circula internamente y sobre la fecha de cierre del llamamiento al mismo.

8) Sumas retributivas que cobran y constan en los recibos de sueldo y no serán contempladas en los futuros haberes jubilatorios.

9) Realización de tareas que están por debajo de la preparación previa y nivel intelectual de la empleada y que no eran las que motivaban su contratación por parte del Estado, o dicho de otra manera, la persona accede al puesto laboral porque está calificado para poder realizar una clase de tarea y ter-

(1) Art. 3º: Todo Miembro, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo.

(2) Art. 4º.1. Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas. 2. Todo Miembro deberá indicar en una declaración anexa a su ratificación del presente Convenio la duración de la licencia antes mencionada. 3. Todo Miembro podrá notificar posteriormente al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, mediante otra declaración, que extiende la duración de la licencia de maternidad. 4. Teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger la salud de la madre y del hijo, la licencia de maternidad incluirá un período de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto, a menos que se acuerde de otra forma a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores. 5. El período prenatal de la licencia de maternidad deberá prolongarse por un período equivalente al transcurrido entre la fecha presunta del parto y la fecha en que el parto tiene lugar efectivamente, sin reducir la duración de cualquier período de licencia obligatoria después del parto.

(3) Licencia en caso de enfermedad o de complicaciones: Art. 5º: Sobre la base de la presentación de un certificado médico, se deberá otorgar una licencia, antes o después del período de licencia de maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o del parto. La naturaleza y la duración máxima de dicha licencia podrán ser estipuladas según lo determinen la legislación y la práctica nacionales.

mina haciendo otra que no se condice con las capacidades que se habían tenido en cuenta, sintiendo la persona una forma de descalificación y cosificación, pero que, finalmente acepta pasivamente por temor a que el cuestionamiento le traiga alguna consecuencia perjudicial.

10) Las amenazas de realizar a quienes manifiesten quejas supuestamente injustificadas de sumarios administrativos, si éste se resuelve negativamente en contra del agente, al empleado le puede, entre otras cuestiones, impedir un ascenso.

11) Incomodidades físicas, por falta de espacio o condiciones no adecuadas para el desempeño laboral, ausencia de luz solar por falta de ventanas, existencia de ventiluces, humedad en las paredes, goteras, falta de sillas, insumos, gran cantidad de expedientes en el suelo, en otros casos no se respeta la prohibición de fumar, dificultades de diversa índole para poder almorzar en horario laboral.

El concepto de “indefensión o impotencia aprendida (condicionada)” fue acuñado por Seligman —en los años sesenta— para describir una situación en la que los animales suspenden toda actividad, al comprobar que no pueden ejercer ningún efecto sobre su entorno (normalización de la violencia). En los años setenta, Lenore Walker aplicó ese mismo principio para explicar por qué las mujeres golpeadas permanecían al lado de los hombres que tan duramente las maltrataban (SCIALPI: 2005).

12) Muchos jefes les solicitarían a las empleadas que les hagan trámites personales en horarios de trabajo, y ellas acceden por temor a futuras represalias.

13) La asistencia sanitaria de los lugares de trabajo es motivo de quejas recurrentes cuando hay episodios de salud que requieren de atención médica por ejemplo, porque eventualmente no cumplirían los horarios de trabajo o la atención médica es mínima, deben recurrir a la obra social y llevar al médico laboral el certificado realizado por un facultativo ajeno a la institución.

14) Manifestaron que han sido víctimas de robos o hurtos, y tienen que estar constantemente cuidando sus efectos personales, porque son prácticas habituales.

15) Agresiones físicas.

16) Desaparición de documentos o información de trabajo, de computadoras o de carpetas.

17) Utilización de términos injuriosos y /o calumniosos.

18) Utilizar los gritos como forma de expresión verbal.

19) Dirigirse hacia otras personas a través de expresiones indirectas descalificantes.

20) Cerrar con llave la puerta del baño, y solo en caso justificado pedir la llave para hacer uso de las instalaciones.

21) En el caso de los docentes hay quienes sufren presiones para calificar positivamente a los alumnos.

22) Hacer trabajar al personal cuando no hay agua, lo que no garantiza mínimas normas de higiene.

23) Acoso psicológico de sus propias compañeras hacia aquellas que cumplen regularmente con sus días y horarios de trabajo, para no quedar evidenciadas que no cumplen sus funciones laborales, y así, buscan contrarrestar al que trabaja para que baje su rendimiento o queden equiparadas con las que no lo hacen.

24) El maltrato como regla general tiene permanencia en el tiempo, es difícil concebir situaciones de hostigamiento sin que dure mucho tiempo.

VI. El acoso sexual en el ámbito de trabajo

a) Merece un tratamiento aparte la cuestión relacionada con el acoso sexual, la mayor parte de las entrevistadas aducen haberlo padecido en algún momento de sus vidas laborales, mientras que un grupo reducido aducen no haberlo padecido nunca.

Se observa el flagrante desconocimiento relacionado con ésta problemática, ya que hay confusiones con los delitos sexuales, en realidad, el mismo no está tipificado en el Código Penal Argentino, pero sí se regulan los delitos contra la integridad sexual, y solo puede denunciarse alguna de las figuras allí comprendidas cuando en un caso extremo, el acoso sexual se transforma en tocamientos o accesos carnales que constituyan el delito de violación.

b) Posturas: Las mujeres gozan de prejuicios a la hora de denunciar o dar a conocer estas cuestiones, y son las siguientes:

1) El poder que tiene un jefe hará que el caso quede impune.

2) No tienen forma de probarlo.

3) No quieren contarlo en sus ámbitos familiares, porque no les creerán y van a ser acusadas de ser ellas de haber “provocado la situación de acoso sexual”.

4) Temen generar violencia de sus parejas a causa de haber sido víctimas de esta situación, por el hecho de que nos las visualizan como víctimas, sino como las causantes.

5) El temor de quedar estigmatizadas en sus ámbitos laborales a raíz de ello.

6) El sentimiento de indefensión de no saber a quién recurrir.

7) El desconocimiento acerca de la existencia de asesoramiento jurídico en diversas instituciones. (4)

8) Creen que los compañeros que las alientan a denunciar son los que después las abandonaran moralmente por conveniencias personales.

9) Hay desconocimiento de la diferencia que hay entre acoso sexual y acoso laboral, en la mayoría de los casos son tomadas como sinónimos. La ley 13.168 en su art. 6º define al “acoso en el trabajo, a la acción persistente y reiterada de incomodar al trabajador o trabajadora, manifestada en comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que puedan atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica del individuo, o que puedan poner en peligro su empleo o degradar el clima de trabajo, en razón de su sexo, opción sexual, edad, nacionalidad, origen étnico, color de piel, religión, estado civil, capacidades diferentes, conformación física, preferencias artísticas, culturales, deportivas o situación familiar”.

c) Legislación en el ámbito de la administración pública:

En la Provincia de Buenos Aires en el Código de Procedimiento Penal se regula ésta figura en el ámbito de la Administración Pública, en la Ley 12.764 (5), contemplándose en el art. 2º (6) como el accionar de los funcionarios y/o empleados públicos que, se valen de su situación de poder en virtud de su función y en relación a inconductas de acercamiento sexual no deseado hacia la persona a la

(4) En calle 13 y 48 en el Colegio de Abogados del Departamento judicial de La Plata se realiza asesoramiento jurídico gratuito, por ejemplo.

(5) Ley 12.764 con Sanción. 20 de setiembre de 2001, Promulgación.- 15 de octubre de 2001, y Publicación B.O. 22 de octubre de 2001.

(6) Ley 12.764, Art. 2º: Se entiende por acoso sexual el accionar de los funcionarios y/o empleados públicos que valiéndose de su posesión jerárquica o de circunstancias vinculadas con su función, incurran en conductas que tengan por objeto cualquier tipo de acercamiento sexual no deseado por la persona a quien va dirigido, requerimiento de favores sexuales y cualquier otra conducta verbal o física de naturaleza sexual, cuando se da una o más de las siguientes circunstancias: a) Cuando someterse a dicha conducta se convierta de forma implícita o explícita en un término o condición de empleo de una persona. b) cuando el sometimiento o rechazo a dicha conducta por parte de la persona se convierte en fundamento par la toma de decisiones en el empleo o respecto del empleo que afectan a esa persona. c) Cuando esa conducta tiene el efecto o propósito de interferir de manera irrazonable con el desempeño del trabajo de esa persona o cuando crea un ambiente laboral de abuso, intimidante, hostil u ofensivo.

que va dirigido... el art. 3º (7) establece como sanción el apercibimiento o suspensión durante 60 días corridos, salvo que el hecho fuera más grave y se sancionara en aplicación de otras normas jurídicas. Se establece en éste artículo, además que la denuncia será confidencial.

No se debe dejar de lado que el ejercicio de la violencia laboral contra la mujer es una de las formas que asume la violencia en general por cuestiones de género, así la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, de Bélem do Pará (8), en el art. 1º define violencia contra la mujer a:

“cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño, sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como privado”, y en el art. 2º aclara que esa violencia comprende al:

“acoso sexual en el lugar de trabajo así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar y que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra”.

Siendo el acoso sexual una forma de violencia en contra de las mujeres principalmente.

VII. Posibles motivaciones de la violencia

Algunas de las que se pueden mencionar son:

a) Exigencias para que no decaiga el rendimiento en calidad y cantidad de horas de trabajo.

b) Presiones y castigos para aquellas que solicitan licencias médicas. Existe la creencia de que, con las licencias se perjudica la calidad del trabajo y se le incrementa el trabajo a aquellos que concurren a diario a cumplir sus tareas. Sin embargo no solo que no es así, sino que son arraigados los prejuicios que se relacionan con las licencias por maternidad.

c) Generación de conflictividad entre compañeros de trabajo por los motivos señalados precedentemente.

d) De los testimonios surge que es el reflejo de la violencia social y cultural ya existentes y arraigadas, quienes tienen naturalizado éste ejercicio de la violencia no han podido reflexionar de las motivaciones a las que podría responder la misma.

VIII. Consecuencias

a) Enfermedades psicosomáticas, generadas por el estrés. El maltrato laboral además de las consecuencias psicológicas, le generan a las víctimas problemas de salud físicos.

Menos aún existen registros ni “indicadores” de violencia laboral establecidos, que

“permitan verificar la incidencia de la violencia laboral en el empleo público, la cual, a mi juicio, se esconde detrás de muchas ausencias por trastornos de ansiedad y depresión” (SCIALPI; 2005).

b) Cuando las víctimas de la violencia laboral permanecen en sus lugares de trabajos, se dan dos situaciones casi polares; es factible la baja de rendimiento y, por otro lado que, la presión generada por los propios sujetos de hacer lo mejor posible el trabajo encomendado los someta a una situación de persecución laboral potenciada por ellos mismos.

(7) Ley 12.764, Art. 3º: El incumplimiento de la prohibición establecida en el Art. 1º de esta Ley, será causal de una sanción de orden correctivo, que podrá implicar apercibimiento o suspensión de hasta 60 días corridos, salvo que por su magnitud y gravedad pueda encuadrarse en las figuras de cesantía, exoneración o ser considerado falta grave, según el régimen disciplinario de que se trate. En la instrucción del sumario respectivo se deberá garantizar el carácter confidencial de la denuncia.

(8) Esta convención —ratificada por nuestro país por ley 24.632, en abril de 1996, no tiene rango constitucional— los Estados partes asumieron el compromiso de erradicar toda forma de violencia contra la mujer, incluido el hostigamiento sexual, siendo una de las prácticas propias de la violencia de género.

c) Muchas de ellas refieren que sufren violencia en su vida privada por parte de sus parejas o ex parejas, principalmente.

d) Las licencias médicas psiquiátricas por estrés y depresión diagnosticada, que son dilatadas en casi todos los casos.

e) Despliegue de violencia en sus propios hogares a raíz de lo padecido en el ámbito laboral.

f) El temor a represalias si se denuncian las situaciones de violencia laboral, como por ejemplo la pérdida del empleo, el traslado a otra dependencia, aumento de las horas de trabajo, mayores exigencias con las actividades a realizar entre las más mencionadas.

g) El punto referido precedentemente lleva a la falta de solidaridad y compañerismo, que fomentan las prácticas violentas que son violatorias a las leyes, las demás trabajadoras ante la posibilidad de sufrir eventuales persecuciones solo observa pasivamente la violencia laboral hasta que es la siguiente víctima.

h) Descreen las entrevistadas de la intervención eficaz y objetiva de los gremios que las tienen que representar, cuando han manifestado queja, dejaron entrever la ausencia de intervenciones directas, y en algunos casos, que nos son pocos, la respuesta ha sido que se ajusten a tolerar las situaciones que llevaron a las denuncias “porque ellos no pueden hacer nada al respecto”. Se genera así una sensación que se transforma en realidad traducida en la desprotección y abandono de las mujeres doblemente victimizadas.

“Los sindicatos de empleados públicos no se han ocupado de estas violencias institucionales” (SCIALPI: 2005).

i) Descreimiento de que, si denuncian pueda llegarse a una sanción ejemplificadora en contra de quien ejerce violencia laboral, han manifestado en muy pocos casos el inicio de un sumario administrativo sin lograrse el resultado esperable para ellas.

j) Las entrevistadas manifiestan no tomar dimensión de los derechos que les asisten y que la falta de denuncia fomenta la impunidad de éstas prácticas tan perjudiciales.

k) La violencia sufrida no la trascienden a otros ámbitos, en el sentido de ponerla en conocimiento, en la mayoría de los casos relevados no se puede ayudar. Las víctimas sin consentirlo y si darse cuenta la naturalizan.

“Si normalizamos la violencia, dejamos de reclamar justicia por los canales institucionales previstos, sean administrativos o judiciales. Y cuando dejamos de usar los canales institucionales previstos, éstos caen en desuso y dejan de protegernos...” (SCIALPI; 2005).

l) Consideran que su situación económica no les permite contar con el patrocinio de un abogado particular,

“Son las carencias de políticas tendientes a asegurar el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia lo que dificulta la aplicación concreta de las normas diseñadas para ponerle un freno” (GHERARDI: 2009).

IX. Posible naturalización de la violencia

Se puede observar en:

a. La falta de conocimiento de los derechos laborales que las asisten.

b. La falta de conocimiento de cuáles pueden ser los organismos de denuncias ante casos de violencia laboral.

c. La aceptación de situaciones que no son tenidas en cuenta por las víctimas como de violencia, sino que firman parte de la cotidianeidad.

d. El mayor hostigamiento sufrido por las mujeres entrevistadas ha sido el acoso sexual, y que no han denunciado por temor a perder el trabajo y por los prejuicios que manifiestan existen en contra de las mujeres víctimas de él, ésta situación de denunciar las colocaría en una situación de mucha exposición respecto de la familia y del trabajo corriendo el riesgo de no llegar a una sanción en contra del culpable, porque es muy difícil probarlo, ya que los acosos tienen ciertas características, entre ellas, el sujeto acosador aprovecha el momento oportuno de no hacerlo ante testigos, y en caso de que se realizara en presencia de otras personas, éstas toman una actitud pasiva y no es esperable que salgan como tales (testigos). Todas éstas cuestiones son tenidas en cuenta por la mujer por ese motivo no denuncian.

X. Contexto en el que se realizaron las entrevistas

a) Espacio físico

Se buscó que los testimonios se realizarán en un lugar que les quedara cómodo a las mujeres que lo han prestado, alejado de sus lugares de trabajo, se les garantizó el anonimato y se les explicó de la importancia de éste trabajo de campo desde el punto de vista académico, práctico y jurídico.

b) Lugar físico

Se ha recurrido a distintas dependencias que corresponden al Ministerio de Educación, Poder Judicial y Escuelas Públicas, con asiento en la Ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires.

c) Características del grupo

Se trata de mujeres que trabajan en el ámbito de la administración pública de la provincia de Buenos Aires con una antigüedad promedio de cinco años como mínimo y de veinte como máximo.

La mayoría de ellas no pertenecen a la planta laboral permanente, los que les genera una situación de inestabilidad y precariedad en el trabajo ya que la forma asumida es la contractual.

En cuanto a la nacionalidad, las mismas son argentinas, la mayoría oriundas de la provincia de Buenos Aires en general, solo una sola persona vivió antes en otra provincia.

Todas refieren tener hijos menores de edad, algunas viven con sus parejas, y otras no, siendo la cantidad entre unas situaciones y las otras bastante equiparadas. Como así también hubo manifestaciones en relación a la necesidad de tener otro trabajo que le reporte más ingresos además del que tienen.

Por último, las mismas refirieron que nunca han sido denunciadas de algún hecho que motive la realización de un sumario administrativo en su contra.

Son las cuestiones a tener en cuenta para una mejor comprensión del contexto en el que se han realizado las entrevistas y de quienes participaron en ellas.

XI. Limitaciones al aporte de información por parte de las entrevistadas

Si bien tuvieron libertad para expresar sus manifestaciones, la desconfianza inconsciente, quizá por los prejuicios, por temores infundados, o por alguna otra razón, las testimoniadas pedían que no se develen sus nombres o que no se enteren familiares suyos para evitar futuros inconvenientes.

Ello refleja el grado de miedo de las mismas y la dificultad para aportar la información que sirvió para éste trabajo.

Otra de las limitaciones encontradas en algunos casos, fueron los prejuicios patriarcales, como ya fuera expresado de no poner en conocimiento de los hombres de sus familias las cuestiones relacionadas con el acoso, porque ya saben con antelación que se las responsabilizará de esa situación.

Fue más dificultoso que hicieran referencia a hechos del pasado, circunscribiéndose en la mayoría de los casos al ejercicio de la violencia laboral actual, en muchos casos les costó recordar episodios pasados, quizá esto forme parte de la naturalización de la violencia.

Al principio se intentó utilizar el sistema de entrevista con interrogatorio abierto, el mismo no dio el resultado esperado, por lo que se las transformó en testimonios, en donde la persona que lo brinda tiene más libertad de acción en sus manifestaciones.

XII. Características de las entrevistas

Como se dijo al principio éste trabajo se realizó de acuerdo al análisis de un trabajo de campo que consistían al comienzo en entrevistas y luego se han transformado en testimonios. ¿Por qué ocurrió ello? Para comprenderlo, se hará la siguiente explicación: al principio se elaboró una encuesta a modo de preguntas, con aproximadamente diez preguntas, de carácter general, pero en la dinámica de las entrevistas, las destinatarias fueron aportando mucha información que transcendía a las preguntas iniciales, de modo que, a los fines de no perjudicar el trabajo de campo y con la finalidad de que no se perdiera esa información sumamente valiosa, se tomó la decisión de que se transforme en testimonio.

Se les explicó a las mujeres objeto de la entrevista que la finalidad de la misma era realizar un trabajo de campo para determinar aspectos relacionados con la violencia hacia las mujeres en el ámbito laboral de la Provincia de Buenos Aires, se les garantizó el anonimato, y aceptaron todas de buen grado.

Las entrevistas/testimonios fueron grabadas en audio, y para su análisis fueron desgrabadas, y transcritas en texto word.

Se trata de mujeres que, como se explicó al comienzo trabajan en la administración pública de la Provincia de Buenos Aires, específicamente dependen en áreas del Ministerio de Educación. Su aporte no lo realizaron en el lugar de trabajo, porque ello hubiese dificultado la espontaneidad de las respuestas, es por eso que se ha buscado un lugar neutro lejos de los ámbitos laborales respectivos.

XIII. Conclusión

Si bien las normas jurídicas internacionales de DD.HH., las normas nacionales, provinciales, decretos, buscan garantizar a las víctimas el cese y castigo de conductas relacionadas con el ejercicio de la violencia laboral, es una problemática enraizada y muy difícil de erradicar, como consecuencia de patrones culturales predominantemente masculinos y de sometimiento del varón hacia la mujer como parte del ejercicio del poder patriarcal colocando en una situación verticalista a la mujer, o dicho de otra manera: de dominada.

Si el sometimiento masculino se observa en la práctica en todos los ámbitos de la vida de la mujer ¿por qué el ámbito laboral sería la excepción? Es imposible que no se observen inconductas al respecto.

Es necesario que las mujeres y la sociedad en general recapaciten y dimensionen la importancia de conocer los derechos que les asisten en caso de ser víctimas de violencia laboral, las intervenciones que los Estados Nacionales, provinciales y municipales pueden hacer al respecto, además de intervenciones de otros organismos no gubernamentales que existen pero que, las víctimas no conocen pareciera que ellas mismas limitan su propio acceso a la justicia, porque en muchos casos han naturalizado las prácticas violentas, siendo un problema no solo de ellas sino de toda la sociedad.

Es un trabajo a largo plazo que pierdan los temores a represalias o a ser estigmatizadas, porque pareciera que, quien denuncia es doblemente victimizada.

Las testmioniantes también reflejaron haber sido violentadas de distintas maneras en el ámbito familiar.

El Estado tendría que fomentar las prácticas de capacitación en el propio ámbito del trabajo, para erradicar éstas cuestiones tan perjudiciales y alertar a quienes la padecen de cuales son los recursos con los que cuentan para defenderse. No se debe olvidar que es el propio Estado el que debe garan-

tizar el ejercicio de los derechos y velar por el cumplimiento de las normas y sancionar a quién las infrinja, para ir desterrando la complicidad generada por los temores y los silencios.

XIV. Bibliografía

1) HIRIGOYEN, Marie France, 1999, *El Acoso Moral*, Editorial Paidós. Bs. As.

2) HIRIGOYEN, M. F., 2001. *El Acoso Moral en el Trabajo*, Editorial Paidós. Bs. As.

3) SANZ, Susana, 2002. LA mujer y la violencia en la República Argentina; Convenciones Internacionales. Legislación Nacional y Provincial. Desafíos. Ciudad de Buenos Aires.

Artículos

1) GHERARDI, Natalia. *La violencia contra las mujeres en la justicia Argentina* En: Derechos de las mujeres y discurso jurídico: Informe anual del Observatorio de Sentencias Judiciales 2009, 1ª ed., Buenos Aires: Equipo Latinoamericano de Justicia y Género-ELA, 2010. ISBN 978-987-26196-0-2.

2) SCIALPI, Diana, 2005; *Violencia laboral y desamparo* institucional aprendido, En Revista Jurisprudencia Argentina, Número Especial: Mobbing El acoso psicológico en el ámbito laboral 27/04/2005, Editorial LexisNexis: www.lexisnexus.com.ar, Consultado el 14 de marzo de 2014.

Legislación

1) Constitución Nacional y Tratados Internacionales, 2012. Editorial Zavalía.

2) Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires y Leyes Complementarias, 2013. Editorial Lex, La Plata.

3) Ley 13.168 de la Provincia de Buenos Aires, en www.trabajo.gba.gov.ar/informacion/genero/legislacion/ley_13168.doc Consultada el 20 de marzo de 2014.

Convenios

1) C183 Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000, Convenio relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado) 1952 (Nota: Fecha de entrada en vigor: 07/02/2002) Sesión de la Conferencia: 88 #Lugar: Ginebra. Fecha de Adopción: 15/06/2000. Sujeto: Protección de la maternidad. <http://www.trabajo.gba.gov.ar/informacion/genero/legislacion.asp> Consultado el 15 de febrero de 2014.

2) Convenio 111 OIT. Relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. www.trabajo.gba.gov.ar/informacion/genero/legislacion/ley_13168.doc Consultada el 20 de marzo de 2014.

3) Convenio 95 de la OIT. Convenio Relativo a la protección del salario. www.trabajo.gba.gov.ar/informacion/genero/legislacion/ley_13168.doc Consultada el 20 de marzo de 2014.

POEMA

La integridad

I

Un hombre es
el que vivió

El que se quedó
frente a las estrellas
y lloró

El que peleó

El que cuando
todo era silencio
levantó su voz

El que se equivocó

El que pidió perdón

El que cultivó
nuevamente la
siembra que perdió.

II

Un hombre es también
lo que va quedando de él

El que de tanta experiencia
envejeció

El que necesita decir menos
para decir mejor

El que cambió su énfasis
por un tono menor

El que sabe mirar
lo que nadie miró

El que guardó silencio
para escuchar su voz

El follaje del cultivo
que sembró.

III

Un hombre también es
aquellos que no fue

El que jugó hasta el final
su partida de ajedrez

El héroe
de la guerra
que perdió

El que entregó
su fe
y cree que Dios
lo abandonó

El actor
sin función

El escritor
sin lector

El músico que
nadie conoció

El que cultivó mil veces
lo que el granizo borró.

RICARDO PABLO RECA

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

Revista Anales - Anexo 2 - Pautas de publicación

Sumario: I. Naturaleza de los trabajos para publicar en Revista Anales. — II. Reglas generales para la presentación de artículos. — III. Aceptación de los artículos. — IV. Estructura de los artículos. — V. Aspectos formales.

I. Naturaleza de los trabajos para publicar en Revista Anales

En Revista Anales se podrán publicar:

- Artículos originales y ponencias o comunicaciones a congresos (no publicados).
- Artículos de revisión, reseñas y estados del arte.

II. Reglas generales para la presentación de artículos

La presentación de los trabajos se hará de acuerdo con las siguientes reglas generales:

— Para publicar en Revista Anales se requiere pertenecer al cuerpo docente ordinario o extraordinario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, de otra Facultad o Escuela de Derecho de Universidad nacional o extranjera, o ser investigador en el área de las ciencias jurídicas con pertenencia a un Instituto o Centro de investigaciones u Organización Científica reconocida.

— Los autores podrán publicar en un mismo número hasta dos artículos de autoría personal correspondientes a diferentes materias, o dos artículos de una misma materia, pero en este caso uno solo de los trabajos podrá ser de autoría personal y el segundo en coautoría.

— Los trabajos serán entregados, dentro del plazo establecido en cada llamado, en la Secretaría de Investigación Científica o en el Área de Institutos y Difusión Científica.

— Los autores deberán presentar dos copias de sus trabajos, una digital grabada en CD y otra impresa, firmados bajo seudónimo. Presentarán también en sobre cerrado o archivo distinto identificado con el seudónimo, el *Anexo 3* con sus datos personales y pertenencia institucional. La copia impresa no será requerida para los autores de pertenencia institucional distinta a la de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

- La copia digital deberá presentarse en archivo de documento de texto en formato rtf.

III. Aceptación de los artículos

— La presentación de los artículos deberá ajustarse a los plazos que el Consejo de Redacción establezca, los que se difundirán a través de la página web de la Facultad y por correo electrónico.

— Los trabajos recibidos para ser publicados en la Revista serán sometidos en primer lugar a una revisión de los aspectos formales, esto es: configuración de página, formato, fuente, notas al pie, citas, referencias bibliográficas, todos los cuales deberán ceñirse a las presentes pautas de publicación. En el caso de que requiera correcciones, se notificará al autor a fin de que retire el trabajo para efectuar las modificaciones correspondientes, ajustándose la presentación del artículo corregido al plazo estipulado por el Consejo de Redacción.

Una vez revisados y aprobados los aspectos formales, el contenido del trabajo será sometido a referato, proceso de evaluación en el que podrán intervenir tanto árbitros internos (docentes de esta Facultad) como externos. En virtud de que el proceso de referato es confidencial, se reserva tanto la identidad de los autores como la de los árbitros que participan en la evaluación de los artículos. En el caso de resultados discrepantes se remitirá a un tercero, cuyo dictamen será definitivo.

La función de los árbitros consistirá en evaluar, previamente a su publicación, la calidad del contenido de los trabajos presentados y dictaminar una de cuatro opciones: 1) aprobación sin observaciones; 2) aprobación con observaciones menores; 3) devolución para revisión y corrección de su contenido; 4) rechazo; cualquiera sea el caso el autor será debidamente notificado.

En caso de requerir revisión y corrección del contenido para su eventual aprobación, se notificará y se devolverá el trabajo a su/s autor/es, ajustándose la segunda presentación a un plazo fijado por el Consejo de Redacción.

La evaluación considerará la relevancia del tema elegido, la originalidad del enfoque y metodología empleada, el nivel académico, la claridad y orden del desarrollo de cada sección, la calidad y adecuación a las pautas de la presentación.

IV. Estructura de los artículos

Todo trabajo a ser publicado deberá ajustarse a la siguiente estructura:

- Título del artículo (centrado, en mayúsculas y en negrita, sin subrayar)
- Seudónimo (a continuación y a la derecha del título, en negrita y mayúsculas)
- Resumen en español (15 líneas como máximo)
- Palabras clave (3 como mínimo, 5 como máximo)
- Resumen traducido a uno de los siguientes idiomas: inglés, francés, portugués, alemán o italiano
- Palabras clave traducidas al idioma extranjero escogido
- Títulos de secciones (alineados a la izquierda, en negrita, sólo letra inicial en mayúscula, sin subrayar)
- Introducción
- Desarrollo (organizado a criterio del autor en las secciones que correspondan)
- Conclusiones
- Bibliografía
- Legislación consultada (si la hubiera)
- Jurisprudencia consultada (si la hubiera)
- Otros documentos consultados

V. Aspectos formales

En todos los casos, *sin excepción*, los artículos presentados para publicar deberán seguir los aspectos formales que a continuación se describen:

1. Extensión

La extensión deberá estar comprendida entre 20 (*mínimo*) a 25 (*máximo*) carillas para *artículos originales y ponencias o comunicaciones a congresos (no publicados)* y, de 8 (*mínimo*) a 10 (*máximo*) carillas, para *artículos de revisión, reseñas y estados del arte*. Sólo en casos excepcionales el Consejo de Redacción autorizará la publicación de artículos más extensos a lo pautado.

2. Formato

Los artículos deberán ser redactados de acuerdo con las siguientes pautas:

- Hoja A4,
- Tipografía *Times New Roman*,
- Tamaño de fuente 12,
- Interlineado *doble*,
- Márgenes izquierdo, derecho, superior e inferior a 2,5 cm,
- Texto *sin sangría*

3. Impresión

La impresión del artículo deberá realizarse a *simple faz*.

4. Paginación

Todas las páginas deberán enumerarse correlativamente con números arábigos en el ángulo superior derecho.

5. Resumen

- Los textos deberán ser acompañados de un *resumen en español* y su correspondiente traducción a uno de los siguientes idiomas: *inglés, francés, portugués, alemán o italiano*.

- La extensión del resumen tendrá *no más de 15 líneas*, continuas, separadas por punto seguido, texto sin sangría.

- Cada resumen estará encabezado por el título del artículo en el idioma correspondiente.

El resumen deberá orientar al lector a identificar el contenido del artículo de forma rápida y precisa y a determinar la relevancia del mismo, por tanto su contenido deberá expresar en forma clara y breve los objetivos, el alcance del estudio, la metodología aplicada y las conclusiones.

6. Palabras clave

- Se deberán agregar al final del texto de cada uno de los resúmenes, 3 palabras clave como *mínimo* o 5 como *máximo*, en sus respectivos idiomas, a efectos de facilitar la recuperación del artículo.

- Deberán escogerse términos específicos, representativos del contenido temático del artículo.
- Las palabras clave se transcribirán en letra minúscula, separadas una de otra por guiones.

7. Notas al pie de página

- La utilización de las notas al pie de página se limitará a ampliaciones, aclaraciones o precisiones de asuntos elaborados en el cuerpo del texto; deberán reducirse al mínimo posible y por tanto serán redactadas en forma breve y concreta,

- No deberán usarse para transcribir referencias bibliográficas. Estas últimas se enlistarán en la Bibliografía,

- Las notas se indicarán en el texto mediante la numeración correlativa que adjudica automáticamente el procesador de texto,

- La redacción de las notas al pie se hará en tipografía Times New Roman y tamaño de fuente 8, con interlineado simple,

Ejemplo:

Otro recurso es encontrar un trabajo, generalmente “en negro”¹ que poco le aportará para el posterior ejercicio profesional.

1 Trabajo “en negro” significa que no tiene estabilidad, obra social y aportes provisionales.

8. Citas bibliográficas

Una cita bibliográfica es la transcripción parcial de un texto con la referencia precisa de la fuente de donde se la extrajo, debiendo consignarse esta última en el texto mismo del trabajo, a continuación de la cita.

Existen diferentes tipos de citas bibliográficas que responden a la forma en que se transcriba el texto de la cita, a saber: citas textuales, citas parafraseadas o contextuales y también citas de citas.

Las opiniones tomadas de otros autores y mencionadas en un trabajo de investigación, siempre deben ser documentadas de manera precisa, haciendo referencia a la/s fuente/s original(es).

8.1. Citas textuales

Una cita es textual cuando un autor transcribe en su trabajo de manera exacta, aportes o ideas extraídas de una fuente correspondiente a otro autor.

- Las citas textuales integradas al cuerpo del texto que tengan una extensión mayor a 5 líneas (extraídas de libros, revistas, periódicos, testimonios de informantes, entrevistas, etc.) se destacarán transcribiéndose en párrafo aparte, con sangría derecha e izquierda de 1 cm., en cuerpo 10, texto entre comillas e interlineado simple;

- Las frases o palabras que se omitan serán reemplazadas por puntos suspensivos (...);

- A continuación de la transcripción de la cita se indicará con datos mínimos y entre paréntesis la referencia a la fuente de donde se la extrajo, con el siguiente formato: (Apellido del (los) autor(es), *coma*, año de edición *dos puntos*:página/s). La referencia bibliográfica *completa* de la obra se transcribirá en la *Bibliografía*.

Ejemplo:

“Qué cosa es el pasado, qué contiene y qué es lo que la ciencia histórica busca en él, es un interrogante que los historiadores han considerado ajeno a su misión intelectual y han transferido a los filósofos, exactamente a aquellos que se conocerían, por eso, como filósofos de la historia. A ellos parecía corresponderles esa indagación, porque se sobreentendía que discurrir sobre ese enigma constituía un ejercicio teórico más próximo a la metafísica que a una ciencia empírica.” (Romero, 1988:15).

En la Bibliografía se transcribirá la cita completa:

ROMERO, José Luis (1988). *La vida histórica*. Buenos Aires: Sudamericana

8.2. Cita parafraseada o contextual

Se considera cita parafraseada o contextual a aquella que sintetiza o resume las aportaciones de un autor, o bien expresa la idea con otras palabras. En este tipo de cita solo deberá indicarse el apellido del (los) autor(es) y año de edición de la obra entre paréntesis, sin indicación de página.

La referencia bibliográfica *completa* de la obra consultada se transcribirá en la Bibliografía.

- Ejemplo de cita contextual tomada de la obra de un autor

Como sostiene Vacchino (1983), condiciones particulares favorecieron la irrupción de la integración latinoamericana después de la Segunda Guerra Mundial.

En la Bibliografía se transcribirá:

VACCHINO, Juan Mario (1983). *Integración Latinoamericana. De ALAC a la ALADI*. Buenos Aires: Depalma

- Ejemplo de cita contextual tomada de una obra correspondiente a dos autores

También se tiende a verificar que las actividades, objeto del control público, sean cumplidas con eficacia y eficiencia, es decir, que expresen cuantitativamente el progreso hacia la concreción de los cambios deseados en las estructuras y en la coyuntura y puntualicen sobre el aprovechamiento de los recursos utilizados para lograrlos. (Isoard y Jiménez de Sandi, 1979).

En la Bibliografía se volcará la cita completa de la fuente:

ISOARD, Carlos y JIMÉNEZ DE SANDI, Alfonso (1979). *Auditoría de las operaciones del gobierno. Efectividad, eficacia y eficiencia del gasto público*. México: Fondo de Cultura Económica.

- Ejemplo de cita contextual tomada de una obra correspondiente a tres autores

En los últimos tiempos el problema de la violencia doméstica fue incluido en el temario de los organismos internacionales, dictándose numerosos documentos en los que se intentó poner de relieve su importancia política y universal. (Salanueva, González y Cardinaux, 2003).

En la Bibliografía se transcribirá la cita completa de la fuente:

SALANUEVA, Olga, GONZÁLEZ, Manuela y CARDINAUX, Nancy (2003). *Familia y justicia: Un estudio socio-jurídico de los conflictos familiares*. La Plata: EDULP.

- Ejemplo de cita tomada de una obra de más de tres autores

En este caso se procederá a mencionar entre paréntesis solamente el primer autor agregando a continuación y otros.

Ejemplo

En la década 1965 a 1975 surge la primera tipología del maltrato infantil, conformada por cinco subtipos básicos, tales como, maltrato físico, abandono físico, maltrato emocional, abandono emocional y abuso sexual, agregándose en los últimos años, entre otras, las siguientes formas: maltrato prenatal, explotación laboral, mendicidad, corrupción, prostitución infantil. (Abad y otros, 2008)

En la Bibliografía la cita completa se transcribirá:

ABAD, Susana y otros (2008). La violencia cotidiana en el ámbito escolar: Algunas propuestas posibles de prevención e intervención. Buenos Aires: Lugar

8.3. Cita de cita

Es la cita de una obra que a su vez está citada en otra obra; el autor al citar no consulta la fuente original sino que el contacto con ella es a través de la obra que la cita.

En este caso se deberá aclarar el autor y título de la obra original como así también el autor y título de la obra que la cita.

El formato que deberá seguir es el siguiente: APELLIDO, Nombre del autor de la obra original. Título de la obra original. Citado en: Apellido, Nombre del autor de la obra en que está citado (año de publicación). Título de la obra en que está citado. Lugar: Editorial

Ejemplo

BASS, Bernard. Organizational decision making. Citado en: Harrison, Ernest (1987). The managerial decision making process. Boston: Houghton Mifflin

9. Tablas, cuadros, gráficos

- Las tablas, cuadros y gráficos se insertarán en el cuerpo del texto.

-Deberán estar enumerados consecutivamente con números arábigos.

-Tendrán que llevar título, que de cuenta del contenido al cual el texto haya hecho referencia, y al pie se indicará la fuente de donde se extrajo la información utilizada para su elaboración.

10. Bibliografía

- Deberá incluirse al final del texto del artículo y estará conformada por las referencias bibliográficas de cada una de las fuentes documentales que el autor ha consultado para fundamentar su trabajo.

- Las referencias bibliográficas serán elaboradas con datos precisos y detallados tomados de las propias fuentes documentales, ajustándose para tal fin a las presentes pautas, incluida la puntuación.

- Se ordenarán alfabéticamente por apellido del (los) autor (es), en el caso de personas físicas o por el nombre si se tratara de personas jurídicas y en el caso de existir varias obras de un mismo

autor con diferentes años de edición se ordenarán cronológicamente comenzando por la obra más antigua.

- Tanto en lo que respecta a los datos como a los signos de puntuación utilizados para confeccionar las referencias bibliográficas, se respetará el siguiente formato para los distintos tipos de documentos consultados:

10.1. Referencias de libros

Para elaborar las referencias bibliográficas de libros deberá seguirse el siguiente formato:

Personas físicas

APELLIDO, Nombre del (los) autor(es) (año de edición). *Título del libro (en cursiva)*. Lugar de publicación: Editorial

Personas jurídicas

NOMBRE DE LA/S ENTIDAD/ES (año de edición). *Título del libro (en cursiva)*. Lugar de publicación: Editorial

- Cuando la obra es publicada por el propio autor, luego del lugar de publicación se colocará *Edición de autor*. Ver ejemplo 1.

- Si no se tuviera la fecha de publicación se indicará entre paréntesis con la abreviatura (s.f.); en caso de no encontrarse el lugar de edición, se indicará entre paréntesis con la sigla (s.l.) y, si fuera el nombre de la editorial el dato faltante, se reemplazará por la abreviatura (s.n.) entre paréntesis.

- Si una obra tiene más de tres autores en la referencia bibliográfica se mencionará solo APELLIDO, Nombre del primer autor y a continuación y *otros*. Ver ejemplo 4.

- Si se indicara el número de edición a la que corresponde la obra, el dato se volcará a continuación del título, en números ordinales y a continuación la sigla ed., como se describe en el ejemplo 1.

- En los casos en los que se tenga más de una referencia bibliográfica de un mismo autor, se indicarán los datos del autor sólo en la primera; en las siguientes los mismos se reemplazarán por una línea y, a continuación, los restantes datos se volcarán en el siguiente orden: Entre paréntesis (año de edición). *Título (en cursiva)*. Separados por dos puntos Lugar de edición: Editorial. Ver ejemplo 6.

- En el caso de que en el cuerpo del texto se haga referencia a distintas obras de un mismo autor publicadas en el mismo año, la distinción entre cada uno de los títulos se hará mediante una letra del alfabeto, minúscula, que se ubicará a continuación del año de edición y facilitará el ordenamiento de sus respectivas referencias bibliográficas en la Bibliografía.

Ejemplos:

(Quiroga Lavié, 1995a:17-20) (Quiroga Lavié, 1995b:35-48) (Quiroga Lavié, 1995c:123)

Ver referencia bibliográfica completa de estas citas en el en el ejemplo 5.

- Si las obras de un mismo autor correspondieran a distintos años de publicación, las referencias se confeccionarán de igual forma, citando al autor sólo en la primera referencia, pero serán ordenadas cronológicamente, comenzando por los títulos más antiguos. Ver ejemplo 6.

Ejemplo 1: obras de un autor

BORDA, Guillermo (1998). *Manual de contratos*. 18a. ed. Buenos Aires: Perrot.

BESIO MORENO, Nicolás (1915). *Sinopsis histórica de la Facultad de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales y de la enseñanza de las matemáticas y de la física en la Argentina*. Buenos Aires: Edición de autor.

Ejemplo 2: obra correspondiente a dos autores

GERLERO, Mario y CARDINAUX, Nancy (2000). *Sociología argentina*. Buenos Aires: Docencia.

Ejemplo 3: obra perteneciente a tres autores

MORELLO, Augusto Mario, SOSA, Gualberto Lucas y BERIZONCE, Roberto Omar (1982-1999). *Códigos procesales en lo civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación: comentarios y anotados*. 2a ed. reelaborada y ampliada. La Plata: Platense.

Ejemplo 4: obra de más de tres autores

ARENAS, Norma y otros (2004). *Comprensión de textos y resolución de problemas*.

Mendoza: EDIUNC

Ejemplo 5: referencias bibliográficas de tres obras del mismo autor y año de edición, que han sido citadas en el cuerpo del texto

QUIROGA LAVIÉ, Humberto (1995a). *Estudio analítico de la reforma constitucional*. Buenos Aires: Depalma.

(1995b). *Lecciones de derecho constitucional*. Buenos Aires:

Depalma

(1995c). *Constitución de la provincia de Buenos Aires: Comentario a las reformas y notas de jurisprudencia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Ejemplo 6: tres obras del mismo autor con diferentes años de edición

MORELLO, Augusto Mario (1987). *El recurso extraordinario*. La Plata: Platense

.....

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 1ra. QUINCENA DE DICIEMBRE DE 2014
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA